

VU Research Portal

Publieke belangen en nutssectoren

Wilkeshuis, K.

2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Wilkeshuis, K. (2010). *Publieke belangen en nutssectoren: Op weg naar een juridisch afwegingskader*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Wolf legal publishers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Publieke belangen en nutssectoren

Op weg naar een juridisch afwegingskader

K. Wilkeshuis



Publieke belangen en nutssectoren

Op weg naar een juridisch afwegingskader

K. Wilkeshuis

ISBN 978-90-5850-566-8

VU University Amsterdam

Centre for Law and Governance

 Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

www.wolfpublishers.nl

info@wolfpublishers.nl

Omslagontwerp:

Sibren Wilkeshuis

© K. Wilkeshuis 2010 / tekst

© WLP / uitvoering

VRIJE UNIVERSITEIT

Publieke belangen en nutssectoren

Op weg naar een juridisch afwegingskader

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. L.M. Bouter,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de faculteit der Rechtsgeleerdheid
op woensdag 17 november 2010 om 13.45 uur
in het auditorium van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Kirsten Wilkeshuis

geboren te Amstelveen

promotor: prof.mr. F.J. van Ommeren
copromotor: prof.dr. J.E. Keman

Voorwoord

De afgelopen twaalf jaren van mijn leven hebben zich voor een groot deel op de Vrije Universiteit (VU) afgespeeld. Naast mijn studie was ik lid van het bestuur van de juridische faculteitsvereniging (Q.B.D.B.D.), lid van de universitaire en facultaire studentenraad, verschillende commissies op universitair en facultair niveau en student-assistent. De VU was voor mij een zeer stimulerende omgeving waar ik me thuis voelde en me kon ontwikkelen op verschillende vlakken. Hoewel ik deze universitaire wereld voor nu gedag heb gezegd, kijk ik terug op een periode waarin ik me als juridisch wetenschapper en als persoon vrij heb kunnen ontwikkelen en veel plezier heb gehad. Toen Sjoerd Zijlstra me vroeg om aio te worden, leek het mij wel wat. Het onderzoek doen vond ik erg interessant en het schrijven van een boek leek mij een grote uitdaging.

En een grote uitdaging was het! Een cliché dat van toepassing is op veel processen in het leven, en als het goed is ook op een promotieonderzoek, is dat je het zélf doet, maar dat dit nog niet betekent dat je het alléén doet. Maar ook dit cliché blijkt te kloppen en daarom wil ik op deze plaats graag een aantal mensen bedanken dat heeft bijgedragen aan de inhoud van het proefschrift, aan de ontwikkeling die ik daarbij door heb gemaakt en aan mijn plezier bij het verrichten van dit onderzoek.

Op de eerste plaats dank ik mijn promotor, Frank van Ommeren, voor alle gesprekken over mijn onderzoek. Frank, jouw kritisch opbouwende houding, enthousiasme en vermogen om me vrij te laten in de keuzes die ik maakte in mijn onderzoek maar me daarbinnen toch steeds een stapje verder te laten kijken en reiken, hebben mij in staat gesteld om dit proefschrift met deze inhoud te schrijven en te voltooien.

Mijn dagelijks begeleider Sjoerd Zijlstra dank ik voor alle kopjes thee die steevast gepaard gingen met goede gesprekken over onderzoek, onderwijs, organisatie en andere belangrijke dingen in het leven. Sjoerd, je was meer dan alleen een *conditio sine qua non* voor mijn promotieonderzoek. Daarnaast heb je regelmatig hoofdstukken gelezen en van commentaar voorzien. Ik ben dankbaar voor jouw vertrouwen, enthousiasme en betrokkenheid.

Dit aio-project is onderdeel van het multidisciplinaire VU-project 'Publiek domein en markten'. Mijn co-promotor Hans Keman dank ik voor zijn input vanuit een politicologische invalshoek die hij gaf, onder meer tijdens de sessies die we in het kader van de VU-ster organiseerden. Ook Anne Marije van Essen, mede-aio in het VU-sterprogramma dank ik voor de samenwerking.

Verder dank ik de leden van de leescommissie: prof. mr. H.J. de Ru, prof. mr. dr. H.D. Stout, prof. dr. J. de Ridder, prof. L. Hancher, LLB, MA, PhD en prof. mr. S.E. Zijlstra, voor de aandacht die zij aan mijn boek hebben willen besteden en voor het waardevolle commentaar dat ik van hen mocht ontvangen. Ook Chris Jansen, Gareth Davies en Tymen van der Ploeg dank ik voor de aandacht die zij in een eerdere fase aan hoofdstukken van mijn proefschrift hebben willen besteden en hun kritische commentaar daarop.

Corien van Gelder, Richard Neerhof, Anita van den Berg, Frank Hendriks, Solke Munneke en Lisanne Groen dank ik voor de taalcorrectie en opmerkingen die zij bij verschillende hoofdstukken plaatsten. Maaïke Kütke dank ik voor haar correctie van mijn Engelstalige samenvatting.

Bij het zélf maar niet alléén schrijven van een proefschrift zijn kamergenoten van onschatbare waarde. Even tegen iemand kunnen klagen als het niet zo lekker gaat, een succesvolle afronding van een hoofdstuk delen, af en toe wat luchtig doen en de boel eens relativeren en daarbij veel met elkaar lachen is van groot belang. Ik dank Frank Hendriks, Karin de

Vries, Elvier Geurink en Anita van den Berg voor alle gesprekken over keuzes in en buiten onderzoek maar bovenal voor alle gezellige momenten die wij deelden.

Jeroen de Bruin dank ik voor de inzichten die op lastige momenten alles lichter maakten.

Mijn paranimfen Anita van den Berg en Charlotte Muns dank ik voor hun niet aflatende betrokkenheid bij mij en mijn promotie. Anita, onze gesprekken, onze humor en onze nabijheid waren en zijn mij zeer dierbaar. Charlotte, ik dank je voor de inzet en de nauwgezetheid waarmee je mijn (omvangrijke) voetnotenapparaat en mijn opmaak hebt bewerkt. Jouw interesse, betrokkenheid en vriendschap zijn voor mij van grote waarde.

In alle ups en downs van het schrijven heb ik heel veel gehad aan mijn vrienden en familie. In het bijzonder noem ik Annemieke, Corien en Allard, Joris en Nynke, Anita en Jan, Charlotte, Sharona, Lysbeth, Robert, Ilse, Branda, Jeroen, Frank, Femke en Martijn en Lena. Ik dank jullie voor alle gezelligheid en jullie interesse.

Sibren, je bent de tofste broer die een zus zich kan wensen. Je bent er altijd zonder voorbehoud en dat is wederzijds. Dat jij de omslag van dit boek en de uitnodiging hebt ontworpen, maakt me trots. Pap, mam, ik dank jullie voor alle liefdevolle vrijheid die jullie me altijd hebben gegeven en het vertrouwen dat jullie in me hebben.

Wouter, ik ben dankbaar voor jouw liefde.

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	5
Lijst van gebruikte afkortingen	21
Deel I: ALGEMENE HOOFDSTUKKEN	
1. Inleiding	27
2. Europeesrechtelijke grenzen aan regulering nutssectoren	35
3. Publieke belangen en concurrentie in nutssectoren	107
4. Instrumenten in nutssectoren	155
Deel II: SECTORHOOFDSTUKKEN	
5. Drinkwater	251
6. Elektriciteit	305
7. Stads- en streekvervoer	355
8. Kabel	391
Deel III: CONCLUSIES, AFWEGINGSKADER & SAMENVATTING	
9. Conclusies en samenvatting	425
Registers	503
Lijst van literatuur en aangehaalde rapporten	505
Trefwoordenregister	525

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord.....	5
Lijst met gebruikte afkortingen	21

DEEL I: ALGEMENE HOOFDSTUKKEN

1. Inleiding	27
1.1 Achtergrond en aanleiding.....	27
1.2 Probleemstelling.....	29
1.2.1 Centrale probleemstelling	29
1.2.2 Plaatsbepaling onderzoek	29
1.2.3 Deelvragen	30
1.3 Doelstelling: afwegingskader.....	32
1.4 Methodologische verantwoording	33
1.5 Opzet.....	33
2. Europeesrechtelijke grenzen aan regulering nutssectoren	35
2.1. Inleiding.....	35
2.1.1 Achtergrond	35
2.1.2 Vraagstelling.....	37
2.1.3 Opzet.....	38
2.2 Diensten van algemeen economisch belang ontrafeld.....	39
2.2.1 Inleiding.....	39
2.2.2 Diensten van algemeen economisch belang in EU-wetgeving en -documentatie	39
2.2.3 Onderscheid	42
2.2.4 Vaststellen van diensten van algemeen economisch belang	44
2.2.5 Gerelateerde begrippen	46
2.2.6 Slotsom	48
2.3 Betekenis vrij verkeer.....	51
2.3.1 Inleiding.....	51
2.3.2 Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging.....	51
2.3.2.1 Inleiding.....	51
2.3.2.2 Toepasselijkheid regels vrij verkeer van diensten	52
2.3.2.3 Verbod beperking vrij verkeer van diensten.....	52
2.3.2.4 Dwingende redenen van algemeen belang.....	53
2.3.2.5 Vrijheid van vestiging	54
2.3.2.6 Dienstenrichtlijn.....	55
2.3.2.7 Slotsom	58
2.3.3 Vrij verkeer van goederen.....	59
2.3.3.1 Inleiding.....	59
2.3.3.2 In- en uitvoerrechten; interne belastingheffing.....	60
2.3.3.3 Kwantitatieve beperkingen.....	62
2.3.3.4 Slotsom	63
2.3.4 Vrij verkeer van kapitaal	63
2.3.4.1 Inleiding.....	63
2.3.4.2 Beperking kapitaalverkeer	65
2.3.4.3 Rechtvaardigingsgronden	66

2.3.4.4	<i>Proportionaliteitstoets</i>	66
2.3.4.5	<i>Splitsingenergiebedrijven</i>	68
2.3.5	Slotsom	69
2.3.5.1	<i>Vrij verkeer van diensten</i>	69
2.3.5.2	<i>Vrij verkeer van goederen</i>	70
2.3.5.3	<i>Vrij verkeer van kapitaal</i>	70
2.3.5.4	<i>Algemeen</i>	71
2.4	Betekenis Europees mededingingsrecht	72
2.4.1	Inleiding	72
2.4.2	Onderneming: een centraal begrip	72
2.4.3	Artikel 106, eerste lid, VWEU	75
2.4.4	Artikel 106, tweede lid, VWEU	79
2.4.5	Artikel 106, derde lid, VWEU	83
2.4.6	Slotsom	84
2.5	Betekenis staatssteunverbod voor nutssectoren	86
2.5.1	Inleiding	86
2.5.2	Artikel 107 VWEU: het staatssteunverbod	87
2.5.3	Altmark: uitzondering voor DAEB	90
2.5.4	Slotsom	92
2.6	Balans: proportionaliteit ' <i>pan metron a riston</i> '	94
2.6.1	Inleiding	94
2.6.2	Proportionaliteitstoets vrij verkeer	94
2.6.3	Proportionaliteitstoets artikel 106, tweede lid, VWEU	95
2.6.3.1	<i>Inleiding</i>	95
2.6.3.2	<i>Jurisprudentie toets artikel 106, tweede lid, VWEU</i>	96
2.6.3.3	<i>Discussie in de literatuur</i>	98
2.6.3.4	<i>Analyse</i>	99
2.6.4	Slotsom	100
2.7	Slotsom	101
2.7.1	Inleiding	101
2.7.2	Drie manieren om met spanning tussen markt en publiek belang om te gaan	101
2.7.3	Diensten van algemeen economisch belang	103
2.7.4	Proportionaliteit	104
2.7.5	Conclusie	104
3.	Publieke belangen en concurrentie in nutssectoren	107
3.1	Inleiding	107
3.2	Regulering	108
3.2.1	Inleiding	108
3.2.2	Regulering	108
3.2.3	Verwante begrippen	110
3.2.3.1	<i>Deregulering</i>	110
3.2.3.2	<i>Herregulering</i>	111
3.2.3.3	<i>Zelfregulering</i>	111
3.2.4	Slotsom	111
3.3	Nutssectoren	112
3.3.1	Inleiding	112
3.3.2	Begrip en kenmerken nutssectoren	112
3.3.2.1	<i>Begrip nutssectoren</i>	112
3.3.2.2	<i>Kenmerken nutsdiensten</i>	113

3.3.3	Motieven voor het reguleren van nutssectoren.....	114
3.3.3.1	<i>Inleiding</i>	114
3.3.3.2	<i>Politiek-ideologische motieven</i>	115
3.3.3.3	<i>Economische redenen</i>	116
3.3.4	Slotsom	120
3.4	Veranderende regimes	122
3.4.1	Inleiding.....	122
3.4.2	Privatisering.....	122
3.4.3	Liberalisering	125
3.4.4	Liberaliseren betekent niet noodzakelijkerwijs ook privatiseren	126
3.4.5	Commercialisering	128
3.4.6	Internationalisering	128
3.4.7	Ontvlechting.....	129
3.4.8	Slotsom	129
3.5	Publieke belangen	131
3.5.1	Inleiding.....	131
3.5.2	Begrip publiek belang.....	131
3.5.3	Kenmerken van publieke belangen	133
3.5.4	Publieke belangen in nutssectoren.....	134
3.5.5	Slotsom	135
3.6	Partijen	136
3.6.1	Inleiding.....	136
3.6.2	Overheid.....	136
3.6.2.1	<i>Inleiding</i>	136
3.6.2.2	<i>Wetgever in formele zin</i>	136
3.6.2.3	<i>Minister</i>	137
3.6.2.4	<i>Marktautoriteiten</i>	139
3.6.2.5	<i>Gemeenten en provincies</i>	139
3.6.2.6	<i>Publieke aandeelhouders</i>	139
3.6.3	Ondernemingen	140
3.6.4	Consumenten	140
3.6.5	Slotsom	141
3.7	Concurrentie in nutssectoren.....	142
3.7.1	Inleiding.....	142
3.7.2	Nota publieke belangen en marktordening bekritiseerd.....	143
3.7.2.1	<i>Stappenplan nota Publieke belangen en marktordening</i>	143
3.7.2.2	<i>Kritiek op de nota Publieke belangen en marktordening</i>	144
3.7.3	Concurrentie tussen marktsegmenten.....	147
3.7.4	Concurrentie op de markt.....	148
3.7.5	Concurrentie om de markt	148
3.7.6	Prestatievergelijking.....	149
3.7.7	Geen concurrentie	149
3.7.8	Slotsom	150
3.8	Slotsom	152
3.8.1	Inleiding.....	152
3.8.2	Regulering	152
3.8.3	Veranderende regimes	152
3.8.4	Nutssectoren	152
3.8.5	Publieke belangen	153
3.8.6	Partijen	153
3.8.7	Concurrentie.....	153
3.8.8	Slotsom	154

4.	Instrumenten in nutssectoren	155
4.1	Inleiding.....	155
4.1.1	Achtergrond	155
4.1.2	Drie functies van instrumenten	157
4.1.3	Vraagstelling.....	160
4.1.3.1	<i>Vraagstelling hoofdstuk</i>	<i>160</i>
4.1.3.2	<i>Verband met centrale vraagstelling en afwegingskader.....</i>	<i>161</i>
4.1.4	Opzet.....	162
4.2	Sturende wetgeving.....	163
4.2.1	Inleiding.....	163
4.2.2	Wetgeving in nutssectoren.....	163
4.2.3	Dimensies wetgeving in een geliberaliseerde context	165
4.2.4	Sturende wetgeving: aard instrument.....	167
4.2.5	Sturende wetgeving en concurrentie	167
4.2.6	Niveau van sturende wetgeving	169
4.2.7	Sturende wetgeving door marktautoriteit	169
4.2.8	Slotsom	172
4.3	Tariefregulering	175
4.3.1	Inleiding.....	175
4.3.2	Motieven	176
4.3.3	Tariefregulering: aard instrument	178
4.3.4	Systemen van tariefregulering	179
4.3.4.1	<i>Algemene tariefregulering</i>	<i>179</i>
4.3.4.2	<i>Sectorspecifieke tariefregulering</i>	<i>181</i>
4.3.5	Tariefregulering en concurrentie	184
4.3.6	Slotsom	185
4.4	Informatieverstrekking & openbaarmaking	187
4.4.1	Inleiding.....	187
4.4.2	Partijen	188
4.4.3	Indirecte openbaarmaking	190
4.4.3.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>190</i>
4.4.3.2	<i>Openbaarmakingsplichten vennootschappen</i>	<i>190</i>
4.4.3.3	<i>Specifieke informatie- of openbaarmakingsverplichtingen</i>	<i>191</i>
4.4.4	Directe openbaarmaking.....	192
4.4.4.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>192</i>
4.4.4.2	<i>Openbaarmaking op grond van de Wet openbaarheid van bestuur</i>	<i>192</i>
4.4.4.3	<i>Openbaarmaking als sanctie</i>	<i>194</i>
4.4.5	Politieke informatieverstrekking	198
4.4.5.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>198</i>
4.4.5.2	<i>Informatie van regering aan parlement op verzoek.....</i>	<i>199</i>
4.4.5.3	<i>Informatie van regering aan parlement uit eigen beweging.....</i>	<i>201</i>
4.4.5.4	<i>Informatieplichten decentraal</i>	<i>201</i>
4.4.6	Informatieverstrekking en concurrentie.....	202
4.4.6.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>202</i>
4.4.6.2	<i>Informatieverstrekking met een ontwerpfunctie</i>	<i>202</i>
4.4.6.3	<i>Informatieverschaffing met een controlefunctie</i>	<i>204</i>
4.4.6.4	<i>Instrumenten met een correctiefunctie.....</i>	<i>204</i>
4.4.7	Slotsom	205
4.5	Vergunning & concessie.....	207
4.5.1	Inleiding.....	207
4.5.2	Motieven	208
4.5.3	Partijen	209

4.5.4	Vergunning: aard instrument	210
4.5.5	Concessie: aard instrument	211
4.5.6	Vergunning en concurrentie	213
4.5.7	Concessie en concurrentie	215
4.5.8	Slotsom	216
4.6	Publiek aandeelhouderschap	218
4.6.1	Inleiding	218
4.6.2	Motieven	220
4.6.3	Geoorloofdheid publiek aandeelhouderschap	221
4.6.4	Gebruik publiek aandeelhouderschap	223
4.6.4.1	<i>Inleiding</i>	223
4.6.4.2	<i>Aard instrument</i>	224
4.6.4.3	<i>Informatieverstrekking vennootschappen aan publieke aandeelhouders</i>	225
4.6.4.4	<i>Bevoegdheden algemene vergadering aandeelhouders</i>	228
4.6.4.5	<i>Mogelijke uitbreiding juridische invloed publieke aandeelhouders</i>	231
4.6.4.6	<i>Uitoefening aandeelhoudersbevoegdheden</i>	232
4.6.4.7	<i>Vennootschappelijk belang</i>	234
4.6.5	Beïnvloedingsmogelijkheden minister op publieke aandeelhouders	235
4.6.6	Publiek aandeelhouderschap en concurrentie	235
4.6.7	Slotsom	237
4.7	Overige instrumenten	239
4.7.1	Inleiding	239
4.7.2	Motieven	239
4.7.3	Algemene bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten: aard instrumenten	240
4.7.4	Bindende aanwijzing: aard instrument	240
4.7.5	Algemene bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten en concurrentie	241
4.7.6	Slotsom	241
4.8	Slotsom	243
4.8.1	Inleiding	243
4.8.2	Sturende wetgeving	243
4.8.3	Tariefregulering	244
4.8.4	Informatieverstrekking	244
4.8.5	Vergunning en concessie	245
4.8.6	Publiek aandeelhouderschap	246
4.8.7	Overige instrumenten	246
4.8.8	Slotsom	247

Deel II: SECTORHOOFDSTUKKEN

5.	Drinkwater	251
5.1	Inleiding	251
5.1.1	Achtergrond	251
5.1.2	Probleemstelling	251
5.1.3	Opzet	252
5.2	Geschiedenis Nederlandse drinkwatersector	253
5.2.1	Inleiding	253
5.2.2	Ontstaan	253
5.2.3	Liberalisering en privatisering?	254
5.2.4	Slotsom	255
5.3	EU-recht	257

5.3.1	Inleiding.....	257
5.3.2	Mededingingsrecht	257
5.3.2.1	<i>Inleiding.....</i>	257
5.3.2.2	<i>Drinkwater: een dienst van algemeen niet-economisch belang?.....</i>	258
5.3.2.3	<i>Drinkwater: een dienst van algemeen economisch belang?.....</i>	259
5.3.2.4	<i>Toepassing mededingingsrecht.....</i>	262
5.3.2.5	<i>Slotsom</i>	262
5.3.3	Vrij verkeer van kapitaal	263
5.3.4	Slotsom	264
5.4	Publieke belangen in de drinkwatersector	266
5.4.1	Inleiding.....	266
5.4.2	Europees niveau	266
5.4.3	Nationaal niveau.....	267
5.4.4	Slotsom	268
5.5	Concurrentie in de drinkwatersector.....	269
5.5.1	Inleiding.....	269
5.5.2	Karakteristieken drinkwater	269
5.5.3	Economische kenmerken drinkwatersector en concurrentiemodaliteiten	270
5.5.3.1	<i>Economische kenmerken</i>	270
5.5.3.2	<i>Concurrentie tussen marktsegmenten.....</i>	270
5.5.3.3	<i>Concurrentie op de markt.....</i>	271
5.5.3.4	<i>Concurrentie om de markt</i>	272
5.5.3.5	<i>Prestatievergelijking.....</i>	273
5.5.4	Slotsom	276
5.6	Partijen in de drinkwatersector.....	277
5.6.1	Inleiding.....	277
5.6.2	Overheid.....	277
5.6.2.1	<i>Bestuursorganen</i>	277
5.6.2.2	<i>Minister van VROM</i>	278
5.6.2.3	<i>Inspecteur</i>	278
5.6.2.4	<i>Nederlandse Mededingingsautoriteit</i>	278
5.6.2.5	<i>Vergelijkende instantie</i>	279
5.6.3	Drinkwaterbedrijven.....	280
5.6.3.1	<i>Rechtsvorm.....</i>	280
5.6.3.2	<i>Voorbehouden aan de overheid.....</i>	282
5.6.3.3	<i>Taken en plichten</i>	284
5.6.3.4	<i>Gemeenten en provincies.....</i>	285
5.6.4	Consumenten	286
5.6.5	Slotsom	287
5.7	Instrumenten	288
5.7.1	Inleiding.....	288
5.7.2	Taak bestuursorganen.....	288
5.7.3	Zorgplichten	288
5.7.4	Tariefregulering.....	289
5.7.5	Prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme.....	291
5.7.6	Verslag minister.....	292
5.7.7	Bindende aanwijzing van minister.....	292
5.7.8	Goedkeuring leveringsplan door inspecteur.....	293
5.7.9	Voorwaarden levering	293
5.7.10	Ministeriële regels en ingrijpen bij gevaar voor de volksgezondheid.....	294
5.7.11	Overleg met en eventueel ingrijpen door de inspecteur.....	295
5.7.12	Leveringsverbod inspecteur	296

5.7.13	Bestuurs- en strafrechtelijke handhaving	296
5.7.14	Slotsom.....	297
5.8	Conclusies.....	299
5.8.1	Inleiding.....	299
5.8.2	EU-recht	300
5.8.3	Keuze concurrentiemodaliteit beoordeeld	300
5.8.4	Instrumenten & publieke belangen	301
5.8.4.1	<i>Inleiding</i>	301
5.8.4.2	<i>Kwaliteit</i>	302
5.8.4.3	<i>Leveringszekerheid & continuïteit</i>	303
5.8.4.4	<i>Kostenefficiëntie, redelijke prijzen</i>	303
5.8.5	Terugkerend voorbeeld: tarieven	303
5.8.6	Slotsom	304
6.	Elektriciteit	305
6.1	Inleiding.....	305
6.1.1	Achtergrond	305
6.1.2	Probleemstelling	306
6.1.3	Opzet.....	307
6.2	Geschiedenis.....	308
6.2.1	Inleiding.....	308
6.2.2	Ontstaan.....	308
6.2.3	Liberalisering	309
6.2.4	Slotsom	312
6.3	EU-recht	314
6.3.1	Inleiding.....	314
6.3.2	Sectorspecifiek EU-recht.....	314
6.3.3	VWEU	317
6.3.3.1	<i>Inleiding</i>	317
6.3.3.2	<i>Vrij verkeer van kapitaal</i>	317
6.3.3.3	<i>Staatssteun</i>	318
6.3.4	Slotsom	319
6.4	Publieke belangen	320
6.4.1	Inleiding.....	320
6.4.2	Europees niveau	320
6.4.3	Nationaal niveau.....	321
6.4.4	Slotsom	322
6.5	Concurrentie	323
6.5.1	Inleiding.....	323
6.5.2	Karakteristieken product elektriciteit.....	323
6.5.3	Marktimperfecties	324
6.5.3.1	<i>Inleiding</i>	324
6.5.3.2	<i>Productie- en groothandelsmarkt</i>	324
6.5.3.3	<i>Transport</i>	324
6.5.3.4	<i>Leveringsmarkt</i>	325
6.5.4	Concurrentiemodaliteiten	325
6.5.4.1	<i>Inleiding</i>	325
6.5.4.2	<i>Concurrentie tussen marktsegmenten</i>	325
6.5.4.3	<i>Concurrentie op de markt</i>	326
6.5.4.4	<i>Concurrentie om de markt</i>	326
6.5.4.5	<i>Prestatievergelijking</i>	326

6.5.5	Splitsing.....	327
6.5.6	Slotsom	330
6.6	Partijen	331
6.6.1	Inleiding.....	331
6.6.2	Overheid.....	331
6.6.2.1	<i>Inleiding.....</i>	331
6.6.2.2	<i>Ministers.....</i>	331
6.6.2.3	<i>Publieke aandeelhouders.....</i>	332
6.6.2.4	<i>Raad van bestuur NMa/Energiekamer.....</i>	332
6.6.3	Ondernemingen	334
6.6.3.1	<i>Inleiding.....</i>	334
6.6.3.2	<i>Netbeheerder.....</i>	335
6.6.3.3	<i>Leverancier</i>	336
6.6.3.4	<i>Producent en handelaar</i>	337
6.6.3.5	<i>Meetbedrijf.....</i>	337
6.6.4	Consument.....	337
6.6.5	Slotsom	338
6.7	Instrumenten.....	340
6.7.1	Inleiding.....	340
6.7.2	Regulering tarieven transport	340
6.7.3	Aansluitplicht netbeheerder	341
6.7.4	Leveringsvergunning.....	341
6.7.5	Informatie.....	344
6.7.6	Aanwijzing andere netbeheerder/stille curator	344
6.7.7	Bindende aanwijzing	346
6.7.8	Bestuursdwang.....	346
6.7.9	Last onder dwangsom	347
6.7.10	Bestuurlijke boete	347
6.7.11	Geschillenbeslechting.....	348
6.7.12	Rechtsbescherming.....	348
6.7.13	Publiek aandeelhouderschap	348
6.7.14	Slotsom	350
6.8	Conclusies.....	351
6.8.1	Inleiding.....	351
6.8.2	EU-recht	351
6.8.3	De concurrentiemodaliteit beoordeeld	351
6.8.4	Instrumenten & publieke belangen	351
6.8.4.1	<i>Inleiding.....</i>	351
6.8.4.2	<i>Beschikbaarheid en aanvaardbare prijzen</i>	352
6.8.4.3	<i>Bescherming consument tegen netbeheerder</i>	352
6.8.4.4	<i>Leveringszekerheid voor klanten zonder uitwijkmogelijkheid</i>	352
6.8.4.5	<i>Kwaliteit, veiligheid & milieudoelstellingen.....</i>	352
6.8.4.6	<i>Doelmatige marktordening en doelmatig toezicht</i>	353
6.8.5	Het terugkerend voorbeeld	353
6.8.6	Slotsom	353
7.	Stads- en streekvervoer.....	355
7.1	Inleiding.....	355
7.1.1	Achtergrond	355
7.1.2	Probleemstelling	355
7.1.3	Opzet.....	356

7.2	Geschiedenis.....	357
7.2.1	Inleiding.....	357
7.2.2	Ontstaan.....	357
7.2.3	Liberalisering.....	358
7.2.4	Slotsom.....	359
7.3	EU-recht.....	360
7.3.1	Inleiding.....	360
7.3.2	Sectorspecifiek EU-recht.....	360
7.3.3	Algemene normen VWEU.....	362
7.3.4	Keuze Nederlandse wetgever.....	362
7.3.5	Slotsom.....	363
7.4	Publieke belangen.....	364
7.4.1	Inleiding.....	364
7.4.2	Europees niveau.....	364
7.4.3	Nationaal niveau.....	365
7.4.4	Slotsom.....	366
7.5	Concurrentie.....	368
7.5.1	Inleiding.....	368
7.5.2	Marktimperfecties.....	368
7.5.3	Concurrentiemodaliteiten.....	369
7.5.3.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>369</i>
7.5.3.2	<i>Concurrentie tussen marktsegmenten.....</i>	<i>369</i>
7.5.3.3	<i>Concurrentie op de markt.....</i>	<i>369</i>
7.5.3.4	<i>Concurrentie om de markt.....</i>	<i>369</i>
7.5.3.5	<i>Prestatievergelijking.....</i>	<i>370</i>
7.5.4	Slotsom.....	371
7.6	Partijen.....	372
7.6.1	Inleiding.....	372
7.6.2	Overheden.....	372
7.6.2.1	<i>Vervoersautoriteiten.....</i>	<i>372</i>
7.6.2.2	<i>Minister.....</i>	<i>372</i>
7.6.2.3	<i>Vervoerkamer Nederlandse Mededingingsautoriteit.....</i>	<i>373</i>
7.6.3	Ondernemingen.....	373
7.6.3.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>373</i>
7.6.3.2	<i>Vervoerders.....</i>	<i>373</i>
7.6.3.3	<i>Gemeentelijke vervoerbedrijven.....</i>	<i>374</i>
7.6.4	Consument.....	375
7.6.5	Slotsom.....	375
7.7	Instrumenten.....	377
7.7.1	Inleiding.....	377
7.7.2	Concessie.....	377
7.7.2.1	<i>Algemeen.....</i>	<i>377</i>
7.7.2.2	<i>Personeelsparagraaf.....</i>	<i>380</i>
7.7.2.3	<i>Aanbesteding.....</i>	<i>381</i>
7.7.3	Vergunning.....	384
7.7.4	Verklaring van geen bezwaar.....	385
7.7.5	Publiek aandeelhouderschap.....	386
7.7.6	Toezicht en handhaving.....	386
7.7.7	Slotsom.....	387
7.8	Conclusies.....	388
7.8.1	Inleiding.....	388
7.8.2	EU-recht.....	388

7.8.3	Concurrentiemodaliteit beoordeeld	388
7.8.4	Instrumenten & publieke belangen	388
7.8.5	Terugkerend voorbeeld: tarieven	389
7.8.6	Slotsom	390
8.	Kabel	391
8.1	Inleiding	391
8.1.1	Achtergrond	391
8.1.2	Probleemstelling	391
8.1.3	Opzet	392
8.2	Geschiedenis	394
8.2.1	Inleiding	394
8.2.2	Ontstaan	394
8.2.3	Privatisering & liberalisering	394
8.2.4	Slotsom	396
8.3	EU-recht	397
8.3.1	Inleiding	397
8.3.2	Sectorspecifiek EU-recht	397
8.3.3	VWEU	398
8.3.4	Slotsom	399
8.4	Publieke belangen	400
8.4.1	Inleiding	400
8.4.2	Europees niveau	400
8.4.3	Nationaal niveau	400
8.4.4	Slotsom	401
8.5	Concurrentie	403
8.5.1	Inleiding	403
8.5.2	Economische kenmerken	403
8.5.3	Concurrentiemodaliteiten	404
8.5.3.1	<i>Concurrentie tussen marktsegmenten</i>	404
8.5.3.2	<i>Concurrentie op de markt</i>	404
8.5.3.3	<i>Concurrentie om de markt</i>	404
8.5.3.4	<i>Prestatievergelijking</i>	404
8.5.4	Slotsom	405
8.6	Partijen	406
8.6.1	Inleiding	406
8.6.2	Overheid	406
8.6.2.1	<i>Minister van Economische Zaken</i>	406
8.6.2.2	<i>Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen</i>	406
8.6.2.3	<i>Marktautoriteiten</i>	407
8.6.2.4	<i>Commissariaat voor de Media</i>	408
8.6.2.5	<i>Europese Commissie</i>	409
8.6.2.6	<i>Gemeente</i>	409
8.6.2.7	<i>Programmaraad</i>	410
8.6.3	Ondernemingen	412
8.6.3.1	<i>Kabelexploitanten</i>	412
8.6.3.2	<i>Exploitanten andere netwerken</i>	413
8.6.3.3	<i>Dienstenaanbieders</i>	413
8.6.4	Consument	413
8.6.5	Slotsom	414
8.7	Instrumenten	413

8.7.1	Inleiding.....	415
8.7.2	Verplichting toegang verlenen tot netwerk	415
8.7.3	Verplichtingen eindgebruikersmarkt.....	417
8.7.4	Geschillenbeslechting.....	417
8.7.5	Inlichtingen vorderen	418
8.7.6	Aanwijzing in bijzondere omstandigheden	418
8.7.7	Verbod aanbieden netwerken of diensten	419
8.7.8	Must carry-verplichting	419
8.7.9	Advies programmaraad.....	419
8.7.10	Slotsom	419
8.8	Conclusies.....	421
8.8.1	Inleiding.....	421
8.8.2	EU-recht	421
8.8.3	Concurrentiemodaliteit beoordeeld.....	421
8.8.4	Instrumenten & publieke belangen	421
8.8.5	Terugkerend voorbeeld: tarieven	422
8.8.6	Slotsom	422

Deel III: CONCLUSIES, AFWEGINGSKADER & SAMENVATTING

9.	Conclusies en samenvatting	425
9.1	Inleiding.....	425
9.2	Conclusies algemene hoofdstukken.....	427
9.2.1	Inleiding.....	427
9.2.2	Europeesrechtelijke grenzen aan regulering nutssectoren	427
9.2.3	Publieke belangen en concurrentie in nutssectoren.....	428
9.2.4	Instrumenten	431
9.3	Conclusies sectorhoofdstukken	437
9.3.1	Inleiding.....	437
9.3.2	De ene sector 'nuttiger' dan de andere?	437
9.3.3	Geschiedenis: als een meanderende rivier	437
9.3.4	EU-recht: niet overal evenveel invloed	438
9.3.5	Publieke belangen	439
9.3.5.1	<i>Algemeen</i>	<i>439</i>
9.3.5.2	<i>Leveringszekerheid.....</i>	<i>440</i>
9.3.5.3	<i>Kwaliteit.....</i>	<i>441</i>
9.3.5.4	<i>Bescherming gebonden consument.....</i>	<i>442</i>
9.3.5.5	<i>Efficiëntie & betaalbaarheid</i>	<i>442</i>
9.3.5.6	<i>Slotsom</i>	<i>443</i>
9.3.6	Concurrentie.....	443
9.3.6.1	<i>Algemeen</i>	<i>443</i>
9.3.6.2	<i>Concurrentiemodaliteiten in de sectoren</i>	<i>444</i>
9.3.7	Partijen	444
9.3.7.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>444</i>
9.3.7.2	<i>Overheid.....</i>	<i>445</i>
9.3.7.3	<i>Ondernemingen</i>	<i>446</i>
9.3.7.4	<i>Consumenten.....</i>	<i>446</i>
9.3.8	Instrumenten.....	446
9.3.8.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>446</i>
9.3.8.2	<i>Instrumenten met een ontwerpfunctie</i>	<i>447</i>

9.3.8.3	<i>Instrumenten met een controlefunctie</i>	447
9.3.8.4	<i>Instrumenten met een correctiefunctie</i>	448
9.3.9	Terugkerend voorbeeld: tarieven	449
9.3.10	Conclusie	450
9.4	Afwegingskader regulering nutssectoren	451
9.4.1	Inleiding	451
9.4.2	Eerste vier stappen afwegingskader	451
9.4.2.1	<i>EU-recht</i>	451
9.4.2.2	<i>Publieke belangen</i>	455
9.4.2.3	<i>Keuze concurrentiemodaliteit</i>	455
9.4.2.4	<i>Keuze partijen</i>	457
9.4.3	Vijfde stap van het afwegingskader: concurrentiemodaliteiten en instrumenten	458
9.4.3.1	<i>Inleiding</i>	458
9.4.3.2	<i>Concurrentie tussen marktsegmenten</i>	460
9.4.3.3	<i>Concurrentie op de markt</i>	462
9.4.3.4	<i>Concurrentie om de markt</i>	464
9.4.3.5	<i>Prestatievergelijking</i>	465
9.4.4	Afwegingskader regulering nutssectoren: schematisch	467
9.4.5	Betekenis afwegingskader voor de onderzochte sectoren	471
9.4.5.1	<i>Inleiding</i>	471
9.4.5.2	<i>Drinkwater</i>	471
9.4.5.3	<i>Elektriciteit</i>	474
9.4.5.4	<i>Stads- en streekvervoer</i>	477
9.4.5.5	<i>Kabel</i>	479
9.5	Samenvatting	481
9.5.1	<i>Inleiding</i>	481
9.5.2	<i>Probleemstelling en opzet onderzoek</i>	481
9.5.3	<i>Afwegingskader</i>	482
9.5.4	<i>Vergelijking sectorhoofdstukken</i>	490
9.6	Public values and utility sectors. Summary	496
9.6.1	<i>Introduction</i>	496
9.6.2	<i>Research thesis and plan</i>	496
9.6.3	<i>The assessment framework</i>	497
9.6.4	<i>Application to the utility sectors</i>	501
REGISTERS		503
Lijst van aangehaalde literatuur & rapporten		505
Trefwoordenregister		525

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGRvS	Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State
A-G	advocaat-generaal
AMvB	algemene maatregel van bestuur
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B&W	Burgemeester en wethouders
BJu	Boom Juridische uitgevers
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CGB	Commissie gelijke behandeling
CRvB	Centrale Raad van Beroep
c.s.	cum suis
curs.	cursief
DAB	Diensten van algemeen belang
DAEB	Diensten van algemeen economisch belang
DANEB	Diensten van algemeen niet-economisch belang
diss.	dissertatie
DTe	Dienst uitvoering en toezicht energie
Dw	Drinkwaterwet
ed(s)	editor / editors
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen
EK	Eerste Kamer
ESB	Economisch Statistische Berichten
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
EZ	Ministerie van Economische Zaken
E-wet	Elektriciteitswet 1998
fig.	figuur
Gemw.	Gemeentewet
Gst.	de Gemeentestem
GvEA EG	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HUP	Harvard University Press
I&I	I&I kwartaalreeks over informatie en informatiebeleid
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
jº	juncto
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

KB	Koninklijk Besluit
KW	Kirsten Wilkeshuis
losbl.	losbladige uitgave
M&M	Markt en Mededinging
m.b.t.	met betrekking tot
MIT	Massachusetts Institute of Technology
m.nt.	met noot van
MvT	memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet
NJB	Nederlands Juristenblad
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
nl.	namelijk
NMa	Nederlandse mededingingsautoriteit
nr(s).	nummer(s)
NS	NV Nederlandse Spoorwegen
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NV	Naamloze Vennootschap
OC&W	Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen
ODV	Openbare dienstverplichtingen
o.g.v.	op grond van
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit
OUP	Oxford University Press
p.	pagina('s)
par.	paragraaf / paragrafen
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
pres.	President
PSIRU	Public Services International Research Unit
Pw	Provinciewet
Rb.	rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
Sdu	Sdu Uitgevers
SEO	Stichting voor Economisch Onderzoek
Sep	N.V. Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TK	Tweede Kamer
Tw	Telecommunicatiewet
UCP	University of California Press
UDV	Universele dienstverplichtingen
V&W	Verkeer en Waterstaat
VAR	VAR Vereniging voor Bestuursrecht
vgl.	vergelijk

VvL	Verdrag van Lissabon
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr.	Voorzieningenrechter
WED	Wet op de economische delicten
Wgr	Wet gemeenschappelijke regelingen
WLP	Wolf Legal Publishers
WNo	Wet op de Nationale Ombudsman
WOB	Wet openbaarheid van bestuur
WOR	Wet op de ondernemingsraden
Wp 2000	Wet personenvervoer 2000
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
zgn.	zogenaamd

DEEL I: ALGEMENE HOOFDSTUKKEN

1. INLEIDING

1.1 Achtergrond en aanleiding

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is privatisering doelstelling van overheidsbeleid geworden. Sinds de jaren negentig heeft een liberaliseringsgolf plaatsgevonden in Nederland. Als gevolg hiervan zijn publieke en private monopolies opengebroken en is ruimte gemaakt voor concurrentie. Voor een deel werd dit liberaliseringsstreven opgelegd door het Europese recht en voor een deel gebeurde dit op initiatief van de Nederlandse overheid. Privatisering volgde bovendien vaak na liberalisering. Privatisering vond plaats op initiatief van de wetgever, het Europese recht verplichtte hier niet toe. Deze liberaliseringsgolf betrof voor een belangrijk deel de nutssectoren. Deze sectoren kenmerken zich enerzijds door een groot maatschappelijk nut van de geleverde diensten en anderzijds door economische kenmerken die overheidsregulering rechtvaardigen. Het zijn bij uitstek sectoren waarin de nationale overheid van oudsher veel invloed had.

Van de liberalisering werd veel verwacht. Als gevolg van liberalisering zou marktwerking plaatsvinden doordat ondernemingen met elkaar zouden moeten concurreren. Dankzij de geïntroduceerde marktwerking zouden prijzen dalen, zou de kwaliteit van de verleende diensten en geleverde goederen stijgen en zou het functioneren van de betrokken sectoren efficiënter worden. Niet in alle gevallen wierp marktwerking in gelijke mate de verwachte vruchten af. In de hierop volgende maatschappelijke en politieke discussie gaven tegenstanders van het doorvoeren van liberalisering de schuld aan het fenomeen marktwerking.¹ De kredietcrisis heeft als een katalysator gewerkt voor dit type opvattingen. De roep om meer sturing door de overheid neemt dan ook toe.² Voorstanders stelden dat het weleens te maken kon hebben met de wijze waarop de liberalisering plaatsvond hetgeen leidde tot de behoefte om dit bij te sturen.³

Door liberalisering ontstond een nieuwe situatie. Een herbezinning moest plaatsvinden op de omvang en de inhoud van de publieke taak op gereguleerde markten in nutssectoren. Waar deze sectoren voorheen nagenoeg volledig onder overheidsinvloed stonden, kwam sindsdien invloed toe aan de markt. Deze twee grootheden – overheid en markt – hebben ieder eigen mechanismes en eigen (sets van) waarden. Op de markt is vrijheid het uitgangspunt en zijn de mogelijkheden in beginsel onbegrensd. Daar komt bij dat een optimalisatie van het eigen belang op de markt voor een ieder het doel is. De overheid daarentegen is in beginsel begrensd in haar mogelijkheden, daar zij slechts kan optreden voor zover zij daartoe bevoegd is verklaard. Deze bevoegdheidsverlening moet uiteindelijk zijn terug te voeren op een wet in formele zin. Bovendien moet haar handelen in beginsel democratisch gelegitimeerd zijn, handelt zij in het algemeen belang en onderscheidt haar handelen zich van het handelen op de markt door het eenzijdig opleggen van verplichtingen. Deze twee wezenlijk verschillende mechanismes spelen in geliberaliseerde nutssectoren beide een belangrijke rol. Door de fundamentele verschillen tussen deze mechanismes kunnen in geliberaliseerde sectoren spanningen en onduidelijkheden ontstaan.

¹ Zie bijvoorbeeld FNV 2007 en de leden van de Tweede Kamer Kant (SP) en Vendrik (GroenLinks) in *Handelingen II* 2006/07, 74, p. 3929 en 3931.

² Zie bijvoorbeeld Bulk & Blaauwbroek 2010.

³ Zie hierover Baarsma 2010, De Graaf e.a. 2007 en de leden van de Tweede Kamer Aptroot (VVD) en Van der Ham (D66) in *Handelingen II* 2006/07, 74, p. 3933 en 3935.

De overheid ziet voor zichzelf een verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van nutssectoren, ook als zij zijn geliberaliseerd en de resultaten van de sector deels worden overgelaten aan marktwerking. De wetgever moet daarom vaststellen welke doelen in de betrokken sector moeten worden bereikt. In dit onderzoek worden deze doelen aangeduid als publieke belangen. De overheid hoeft deze publieke belangen niet per definitie zelf te borgen, zij kan dit ook aan derden overlaten.

Opvallend is hierbij dat in nutssectoren in de loop van de tijd een pendelbeweging kan worden waargenomen waarbij de twee uitersten enerzijds de overheid en anderzijds de markt vertegenwoordigen. Nutssectoren zijn in de geschiedenis veelal in particulier initiatief tot stand gekomen. Na verloop van tijd heeft de overheid de verantwoordelijkheid en de organisatie op zich genomen. Met de recente liberalisering en privatiseringen in deze sectoren is het tij weer gekeerd en beweegt de pendel zich terug richting de markt. In het licht van de titel van deze studie kan ook worden gesteld dat de publieke taak aanvankelijk nihil was en na verloop van tijd is uitgegroeid en de nutssectoren volledig omvatte. Inmiddels is de publieke taak weer geslonken.

De keuzes die door de wetgever zijn gemaakt bij het liberaliseren van nutssectoren volgen niet altijd een vast patroon. De keuze voor al dan niet liberaliseren en privatiseren lijkt sterk afhankelijk van politieke opvattingen. Daarnaast wordt van verschillende instrumenten gebruik gemaakt om de sectoren te reguleren. Gelet op de complexiteit van de sector door de combinatie van markt- en overheidsmechanisme bestaat de behoefte aan een mix van verschillende instrumenten. Eén instrument om de sector te reguleren volstaat niet.

Vaak wordt gekozen voor instrumenten die van oudsher een rol spelen in de sector of gangbare overheidsinstrumenten zijn. Zij zijn echter niet altijd evenzeer toegesneden op de nieuwe situatie. Voor wat betreft de keuzes voor de instrumenten in nutssectoren is derhalve geen systematisch beleid gevoerd. Dit, samen met tegenvallende resultaten, heeft ertoe geleid dat achteraf ingrijpen nodig bleek en herregulering moest plaatsvinden na liberalisering. Dit onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan een meer consequent en systematisch afwegingskader van de inzet van een mix van instrumenten in nutssectoren. Aan de hand van een dergelijk afwegingskader kan de regulering van sectoren worden geëvalueerd en voor te liberaliseren nutssectoren kunnen aan de hand van dit kader afgewogen keuzes worden gemaakt.

Deze studie richt zich daarbij op de mix van instrumenten die de wetgever creëert in nutssectoren. Met deze mix kan de overheid zelf publieke belangen borgen, maar deze instrumenten kunnen ook particulieren in staat stellen dit te doen. Juist bij nutssectoren levert dit een interessant spanningsveld op omdat dit sectoren zijn waarvan algemeen is aanvaard dat het maatschappelijk nut bijzonder groot is, terwijl er tegelijkertijd bijzondere economische kenmerken zijn die regulering rechtvaardigen. Dit betekent dat het van groot belang is dat bij het ontstaan van problemen in deze sectoren het openbaar bestuur de mogelijkheid heeft om in te grijpen.

Hierna wordt eerst de probleemstelling gepresenteerd (1.2.1). Vervolgens wordt de plaats van het onderzoek bepaald ten opzichte van andere literatuur (1.2.2), waarna wordt ingegaan op de deelvragen waarmee de probleemstelling is ingevuld (1.2.3). Vervolgens wordt de doelstelling van deze studie – het afwegingskader – toegelicht (1.3). Na de methodologische verantwoording (1.4) wordt aangegeven wat de opzet van dit onderzoek is (1.5).

1.2 Probleemstelling

1.2.1 Centrale probleemstelling

De centrale probleemstelling van deze studie luidt: wat zijn de voorwaarden voor en beperkingen aan het reguleren van markten in nutssectoren met het oogmerk om publieke belangen te borgen vanuit het perspectief van de nationale wetgever, gegeven belangrijke grenzen die het recht van de Europese Unie daaraan stelt?

1.2.2 Plaatsbepaling onderzoek

In dit onderzoek worden verschillende opties van regulering met het doel publieke belangen te borgen besproken. Aandacht wordt besteed aan de voorwaarden voor en beperkingen aan deze opties van regulering. De wetgever is gebonden aan grenzen die worden gedicteerd door het EG-recht. De 'bewegingsruimte' die hem vervolgens ter beschikking staat, kan op verschillende manieren worden benut. Juist in geliberaliseerde sectoren moet deze ruimte niet slechts worden ingevuld door eenzijdig overheidsingrijpen maar ook door andere facetten, te weten het faciliteren van de keuzevrijheid van consumenten en het faciliteren van de interactie tussen ondernemingen. In dit onderzoek komt derhalve niet alleen ingrijpen door de overheid als 'reguleerder' aan de orde maar wordt het begrip regulering breder opgevat en omvat het ook de faciliterende functie van de overheid van de andere twee hiervoor genoemde facetten. Van belang is dat de overheid waar nodig ook de werking van deze facetten ondersteunt of faciliteert. Ook deze facilitering door de overheid wordt hier begrepen onder regulering.⁴

De hier gekozen invalshoek kan als bestuurlijk-juridisch worden getypeerd. Er wordt niet alleen vanuit een juridisch perspectief naar de materie gekeken omdat dit een te beperkt beeld oplevert gelet op de probleemstelling. Er worden economische en bestuurskundige inzichten gebruikt om een beter beeld te krijgen van welke regulering van markten in nutssectoren aangewezen is.

De beantwoording van deze vraag beoogt op verschillende manieren een bijdrage te leveren aan het wetenschappelijk discours en de maatschappelijke discussie over dit onderwerp.

Ten eerste is niet eerder diepgaand vanuit een bestuurlijk-juridisch perspectief gekeken naar de keuzes van de wetgever voor de inzet van een mix van instrumenten in nutssectoren om publieke belangen te borgen. Een uitzondering hierop vormt de oratie van Stout, waarin zij ingaat op het borgen van publieke belangen met behulp van wet- en regelgeving, concurrentie of institutionele verankering.⁵ De dissertatie van Lavrijssen getuigt wel van de hier gekozen invalshoek, maar richt zich op een effectieve en legitieme bevoegdheidsuitoefening van de onafhankelijke mededingingstoezichthouders en beperkt zich zo tot één bepaalde partij, waarvoor in dit onderzoek niet is gekozen.⁶

Dit onderwerp was voorts tot dusver voorbehouden aan bestuurskundigen en economen, hetgeen een andere invalshoek oplevert dan die in dit onderzoek wordt gekozen. Zo is de dissertatie van Huygen gericht op de effectiviteit en efficiëntie van de regulering van de

⁴ Zie hierover uitgebreider paragraaf 3.2.

⁵ Stout 2007.

⁶ Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 17-18.

elektriciteitssector.⁷ De probleemstelling van Huygen luidt: 'het belangrijkste doel van de hervormingen van de regulering zoals opgenomen in de Elektriciteitsrichtlijn en de Elektriciteitswet is, kort samengevat, het bevorderen van efficiëntie in de elektriciteitssector, onder de randvoorwaarde dat bepaalde doelen van algemeen belang gewaarborgd blijven. Deze studie gaat na of de gekozen instrumenten van regulering geschikt zijn om deze doeleinden te bereiken.' Het gaat derhalve duidelijk om de economische efficiëntie van het gekozen instrumentarium: worden de publieke belangen daadwerkelijk bereikt en wel tegen zo laag mogelijke kosten? In dit onderzoek wordt daarentegen bezien welke ruimte de wetgever heeft om de keuzes te maken en wordt een antwoord gegeven op de vraag welke keuzes hij zou moeten maken gegeven de concurrentie in een bepaalde sector. Bovendien ziet dit onderzoek op meerdere sectoren en niet op één specifieke sector.

Relevante voorbeelden van bestuurskundige literatuur op dit vlak zijn de wetenschappelijke artikelen van De Bruijn en Dicke die ingaan op de – met name niet juridische – arrangementen waarmee publieke belangen het best kunnen worden geborgd in geliberaliseerde sectoren.⁸ In het onderhavige onderzoek ligt de nadruk wel op juridische instrumenten.

1.2.3 Deelvragen

Het is verder van belang hier te benadrukken dat in deze studie het recht van de Europese Unie (het EU-recht) als een gegeven wordt beschouwd en niet ter discussie wordt gesteld. Uit het EU-recht wordt de ruimte afgeleid die de nationale wetgever heeft om nutssectoren te reguleren. Het EU-recht wordt hierbij geanalyseerd en geïnterpreteerd, maar niet beoordeeld.

De probleemstelling is ingevuld met een aantal deelvragen. Ten eerste moet worden vastgesteld welke ruimte de nationale wetgever heeft om een eigen afweging te maken betreffende het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Dit is de vraag naar de grenzen die voortvloeien uit het primaire en secundaire EG-recht. Om deze vraag te beantwoorden wordt het relevante EG-recht geanalyseerd. Terwijl de sectorspecifieke EG-regels, voor zover vastgesteld, in de onderscheidenlijke sectorhoofdstukken worden beschreven en geanalyseerd, worden in dit hoofdstuk de regels inzake het vrij verkeer, het mededingingsrecht en het staatssteunrecht besproken.

Hoewel de sectorspecifieke regels kunnen derogeren aan dit primaire EG-recht, is het niettemin van belang het hier te bespreken. Ten eerste geldt het primaire recht, voor zover het secundaire sectorspecifieke recht niets bepaalt en ten tweede is het sectorspecifieke recht geïnspireerd door het EG-verdrag. Naar voren zal komen dat de door het Hof van Justitie van de EG (het Hof) gehanteerde proportionaliteitstoets een cruciale rol speelt bij het vaststellen van de vrijheid van de nationale wetgever.

De tweede vraag is met welke specifieke aspecten rekening moet worden gehouden bij het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om deze vraag te beantwoorden wordt nader onderzocht wat onder regulering moet worden verstaan, van welke regimeveranderingen nutssectoren de afgelopen tijd voorwerp zijn geweest, welke kenmerken een nutssector heeft en welke motieven er zijn om nutssectoren te reguleren. Ook wordt onderzocht voor welke verschillende concurrentiemodaliteiten de nationale wetgever kan kiezen. Hierbij wordt ook het fenomeen publiek belang beschreven en vastgesteld welke eigenschappen dit heeft. Veder wordt betrokken op welk niveau en door welke partij

⁷ Huygen 1999.

⁸ Zie bijvoorbeeld De Bruijn & Dicke 2006 en De Bruijn & Dicke 2003.

publieke belangen worden geïdentificeerd en afgewogen. Publieke belangen kunnen voortvloeien uit het EU-recht of door de nationale wetgever worden vastgesteld. Omdat het EU-recht hier als kaderstellend wordt beschouwd, wordt niet ingegaan op de (mogelijke) tegenstellingen tussen Europese en nationale publieke belangen. Ze worden wel beiden besproken in de sectorhoofdstukken. In het verlengde hiervan wordt ten slotte beoordeeld, op basis van de eigenschappen van publieke belangen in relatie tot de rol die zij spelen in nutssectoren waarin voor marktwerking is gekozen, aan welke uitgangspunten het reguleringsinstrumentarium zou moeten voldoen.

De derde deelvraag is wat van bepaalde instrumenten kan worden verwacht bij het reguleren van markten in nutssectoren. Hiertoe wordt een aantal instrumenten besproken dat een belangrijke rol kan spelen bij de regulering van nutssectoren. Dit zijn sturende wetgeving, tariefregulering, informatieverstrekking en openbaarmaking, concessie en vergunning, publiek aandeelhouderschap en overige instrumenten. Voor deze instrumenten is gekozen omdat zij een belangrijke rol spelen bij het ingrijpen in of het vervangen van het marktproces van vraag en aanbod. Hierbij is gekozen voor twee aandachtspunten. Ten eerste wordt de aard van het betrokken instrument geanalyseerd waarbij van belang is welk type instrument het betreft en in hoeverre het de overheid in staat stelt om in te grijpen als daartoe aanleiding bestaat. Ten tweede wordt gezien hoe het instrument zich verhoudt met de aanwezigheid van concurrentie. Daarbij wordt nagegaan in hoeverre een instrument als marktversturend zou kunnen worden beschouwd en bij welke concurrentiemodaliteiten het op welke wijze zou moeten of kunnen worden ingezet.

In een studie over het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren kan een blik in een aantal van deze sectoren zelf niet ontbreken. In de sectorhoofdstukken worden vier sectoren afzonderlijk onderzocht. In de conclusies die de vier hoofdstukken gezamenlijk beslaan, komen bovendien vragen aan de orde aan de hand waarvan de keuzes van de wetgever in de verschillende sectoren kunnen worden vergeleken.

Achtereenvolgens komen de volgende sectoren aan de orde: drinkwater, elektriciteit, stads- en streekvervoer en kabel. Voor deze vier sectoren is ten eerste gekozen omdat in al deze sectoren liberalisering of privatisering is overwogen door de wetgever. Niet in alle sectoren heeft dit echter ook op dezelfde wijze of in dezelfde mate plaatsgevonden. Hierbij wordt geanalyseerd in hoeverre de nationale wetgever nog zelf keuzes voor concurrentie en instrumenten kan maken en als dat het geval is, hoe deze keuzes (voor concurrentiemodaliteit, betrokken partijen en instrumenten) moeten worden beoordeeld in het licht van de probleemstelling van de individuele hoofdstukken. In deze hoofdstukken wordt nagegaan welke instrumenten de overheid (nog) heeft om in te grijpen in deze sectoren.

Ten tweede is voor deze vier sectoren gekozen omdat hierin verschillende concurrentiemodaliteiten voorkomen. In de drinkwatersector is sprake van publieke ondernemingen met regionale monopolies wier prestaties met elkaar worden vergeleken. In de elektriciteitssector concurreren bepaalde ondernemingen met elkaar. Verschillende leveranciers van elektriciteit krijgen toegang tot het elektriciteitsnetwerk en kunnen zo met elkaar in concurrentie treden. In het stads- en streekvervoer concurreren de ondernemingen om de markt. Zij dingen periodiek mee naar een concessie waarmee zij een tijdelijk monopolie kunnen verkrijgen om het stads- en streekvervoer in een bepaalde regio te mogen verzorgen. In de kabelsector was aanvankelijk het streven om concurrentie tussen marktsegmenten te laten plaatsvinden. Dit betekent dat de kabel met verschillende andere infrastructuren zou concurreren, zoals het telefoonnet en de satelliet. Omdat de concurrentie onvoldoende van de grond is gekomen, is

inmiddels overgegaan tot de organisatie van concurrentie op de kabel. Eigenaren van kabelnetwerken moeten derhalve hun netwerk openstellen voor derden.

Er is ten slotte voor deze vier sectoren gekozen omdat de verschillende bestuurslagen van de overheid (Europees, nationaal, regionaal, decentraal) in elk van deze vier sectoren op een verschillende wijze bij de regulering van sectoren zijn betrokken.

Door middel van een beschrijving en analyse van de verschillende sectoren wordt op zoek gegaan naar het antwoord op de vraag in hoeverre de nationale wetgever consistent en consequent omgaat met het borgen van publieke belangen in nutssectoren. Hiertoe wordt besproken (i) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de geschiedenis van deze sectoren gericht op de verhouding tussen overheid en markt, (ii) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de ruimte die het EG-recht de nationale wetgever biedt, (iii) welke publieke belangen kunnen worden aangewezen, in hoeverre deze worden geëxpliciteerd en of hiertussen een prioriteitenstelling wordt aangebracht, (iv) welke motivering wordt gehanteerd van de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, (v) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn bij de keuze voor bepaalde partijen en voor bepaalde instrumenten door de nationale wetgever en (vi) of er overeenkomsten en verschillen zijn in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en markt. Uiteindelijk wordt de vraag beantwoord welke invloed de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hebben bij het borgen van publieke belangen in deze vier sectoren.

1.3 Doelstelling: afwegingskader

De doelstelling van deze studie is te komen tot een juridische bijdrage aan een afwegingskader voor de reguleringskeuzes ten aanzien van nutssectoren voor de nationale wetgever. Bepaalde beperkingen en voorwaarden van keuzes kunnen zodanig worden gepositioneerd dat een model ontstaat aan de hand waarvan de wetgever in verschillende situaties op systematische wijze kan afwegen welke aanpak tot de beste uitkomst leidt. Een dergelijk model kan dienen als afwegingskader. In het Nederlandse wetgevingsbeleid is het niet ongebruikelijk om voor de wetgever dergelijke afwegingskaders te formuleren.

Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de verschillende in de afgelopen jaren ontwikkelde wetgevingsprogramma's. In het kader van dergelijke wetgevingsprogramma's komen (deel)rapporten tot stand waarvan sommigen afwegingskaders bevatten. Men treft deze onder meer aan in de volgende programma's: 'Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit',⁹ 'Bruikbare rechtsorde'¹⁰ en 'Vertrouwen in wetgeving'.¹¹

Het te ontwerpen afwegingskader wordt gebaseerd op de probleemstelling en in het bijzonder op de aangehaalde deelvragen. Het is niet alleen van nut voor de wetgever en de bij de totstandkoming van wetgeving en bij regulering en wetgeving betrokken ambtenaren. Het kan ook worden toegepast in het kader van een evaluatie van bestaande wetgeving. Het is de bedoeling de wetgever met dit kader in staat te stellen om na te gaan of bepaalde keuzes bij een nadere analyse al dan niet heroverweging vergen. Voorts biedt het afwegingskader aanknopingspunten voor nader wetenschappelijk onderzoek.

⁹ Zie bijvoorbeeld het Afwegingskader Zicht op toezicht 1998.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld het afwegingskader in hoofdstuk 4 van het rapport Ruimte voor zorgplichten 2004.

¹¹ Zie bijvoorbeeld het Integraal afwegingskader beleid en wetgeving 2008.

Het afwegingskader is hier beperkt tot de onderzochte instrumenten. Het staat echter open voor uitbreiding met andere instrumenten, die hier gelet op de focus en de omvang niet konden worden behandeld.

1.4 Methodologische verantwoording

Om een antwoord te geven op de hiervoor gepresenteerde centrale vraag (1.2.1) is een zogenaamd *desk research* uitgevoerd. Voor de uitvoering van dit onderzoek is gebruik gemaakt van verschillende bronnen. Hiervoor zijn rechtswetenschappelijke, economische en bestuurskundige literatuur en (met name Europeesrechtelijke) jurisprudentie geraadpleegd. Het onderzoek naar de door de wetgever gemaakte keuzes is gebaseerd op wetgeving, kamerstukken, literatuur, jurisprudentie en verschenen rapporten uit de in de betrokken sector voor liberalisering relevante periode. Waar dit wenselijk is, zijn onderwerpen geïllustreerd in de eerste hoofdstukken (2-4) door voorbeelden te geven. Hierbij is waar mogelijk gebruik gemaakt van voorbeelden uit de onderzochte sectoren. Waar dit niet mogelijk was, is gebruik gemaakt van voorbeelden uit andere sectoren. Er is geen empirisch onderzoek verricht.

In dit onderzoek worden aannames gedaan over de werking van verschillende instrumenten en wordt vervolgens op basis hiervan bezien welke vorm van regulering leidt tot het beste resultaat.¹²

Deze aanpak is tot op zekere hoogte enigszins vergelijkbaar met de in de wiskundige economie bekende *mechanism design theory*.¹³ Zij gaat in op de vraag welk verdelingsmechanisme leidt tot het beste resultaat, gegeven bepaalde omstandigheden.¹⁴ Het onderhavige onderzoek dient te worden beschouwd als een *design study* vanuit een juridisch perspectief. Ook hier is verdeling een centraal kenmerk. Het afwegingskader dat de doelstelling is van dit onderzoek, vormt in essentie een antwoord op een verdelingsvraag naar de inzet van instrumenten door de nationale wetgever die publieke belangen beoogt te borgen.

Het onderzoek is afgesloten per medio 2009. Daarna verschenen jurisprudentie, literatuur en kamerstukken zijn slechts incidenteel opgenomen.

1.5 Opzet

In het hoofdstuk na deze inleiding volgt een beschrijving en analyse van het geldende primaire EG-recht. De vraag wordt beantwoord in hoeverre het EG-recht de vrijheid van de nationale wetgever beperkt om keuzes te maken inzake de regulering van nutssectoren. Terwijl de sectorspecifieke EG-regels, voor zover vastgesteld, in de onderscheidenlijke sectorhoofdstukken worden beschreven en geanalyseerd, worden in dit hoofdstuk de regels inzake het vrij verkeer, het mededingingsrecht en het staatssteunrecht besproken (hoofdstuk 2).

In het volgende hoofdstuk wordt de vraag beantwoord aan welke eisen instrumenten zouden moeten voldoen als zij worden ingezet bij het reguleren van markten in nutssectoren. Hiertoe wordt een aantal uitgangspunten geformuleerd waaraan de regulering van markten in nutssectoren zou moeten voldoen. Om dit te kunnen doen, wordt een aantal begrippen uitgelegd en gedefinieerd voor de toepassing in deze studie. Daarnaast worden de regimeveranderingen beschreven die een aantal nutssectoren de afgelopen decennia heeft doorgeemaakt. Er wordt ingegaan op de kenmerken van nutssectoren en op de verschillende concur-

¹² Vergelijk: Knops 2008.

¹³ Mookherjee 2008.

¹⁴ Over het belang van deze theorie voor juristen: Wolswinkel 2007.

rentiemodaliteiten waarvoor kan worden gekozen. Ook wordt aandacht besteed aan de kenmerken van publieke belangen en aan de partijen die zijn betrokken bij het reguleren van nutssectoren. Van groot belang voor de inzet van de instrumenten zal blijken te zijn door wie en op welk niveau het tegen elkaar afwegen van publieke belangen plaats zou moeten vinden (hoofdstuk 3).

Daarna wordt de rol van een aantal belangrijke instrumenten in nutssectoren beschreven en geanalyseerd. Dit zijn sturende wetgeving, tariefregulering, informatieverstrekking en openbaarmaking, concessie en vergunning, publiek aandeelhouderschap en een aantal overige instrumenten. Hierbij wordt aandacht besteed aan de aard van het instrument. Steeds komt aan de orde welke functie(s) het instrument kan vervullen en in hoeverre met behulp van dit instrument door de overheid kan worden ingegrepen, in andere woorden hoeveel grip het de overheid geeft. Daarnaast wordt ingegaan op het instrument in samenhang met concurrentie. Hierbij wordt betrokken hoe ingrijpend en marktversturend het instrument is en bij welke concurrentiemodaliteit het welke rol kan spelen (hoofdstuk 4).

Vervolgens komen de vier verschillende sectoren aan de orde. Geen concurrentie wordt aangetroffen in de drinkwatersector (hoofdstuk 5). Daarna volgt de sector stads- en streekvervoer waar concurrentie om de markt is georganiseerd (hoofdstuk 6). Vervolgens komt de elektriciteitssector aan de orde waarin op de markt wordt geconcentreerd (hoofdstuk 7). Ten slotte wordt de kabelsector onder de loep genomen, waar gestreefd wordt naar concurrentie tussen marktsegmenten. Dit bleek, zoals gezegd, te vooruitstrevend te zijn, waarna is besloten concurrentie op de markt te introduceren (hoofdstuk 8).

Om de – soms wat abstracte – materie te illustreren wordt een praktisch probleem in de sectoren als terugkerend voorbeeld door alle sectorhoofdstukken heen geweven. Gekozen is voor de mogelijkheid om het publieke belang van het hanteren van aanvaardbare tarieven centraal te stellen. In elke nutssector zal een redelijk tarief van de nutsdiensten een belangrijk publiek belang blijken te zijn. Door dit voorbeeld wordt niet alleen duidelijk hoe in de verschillende sectoren tarieven worden gereguleerd, maar kan dit ook met elkaar worden vergeleken om te bezien in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de instrumenten waarmee tarieven worden gereguleerd en om te bezien in hoeverre de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hierop invloed kunnen uitoefenen.

Ten slotte worden in hoofdstuk 9 eerst de conclusies van de algemene hoofdstukken en daarna de conclusies van de sectorhoofdstukken gepresenteerd. Daarna wordt op grond van de hoofdstukken 2 tot en met 4 een afwegingskader voor de nationale wetgever geformuleerd, waarbij rekening kan worden gehouden bij nieuwe reguleringskeuzes in nutssectoren. Ten slotte worden de keuzes die gemaakt zijn in de onderzochte sectoren op grond van de hoofdstukken 5 tot en met 8 aan de hand van het afwegingskader beoordeeld en worden aan de hand daarvan sectorspecifieke aanbevelingen geformuleerd.

2. EUROPEESRECHTELIJKE GRENZEN AAN REGULERING NUTSSECTOREN

2.1. Inleiding

2.1.1 Achtergrond

De Europese Unie (EU)¹ heeft een cruciale rol gespeeld bij het liberaliseren van nutssectoren in haar lidstaten en doet dit nog steeds. Ondanks de Europese centrale aansturing verschilt de mate van liberalisering en de aanpak ervan nog sterk per lidstaat. Privatisering is in beginsel voorbehouden aan de lidstaten. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) spreekt hierover geen voorkeur uit. Wel is duidelijk dat, hoewel de EU neutraal staat tegenover nationale beslissingen ten aanzien van publieke eigendom, de eisen van de economische integratie en liberalisering staatsingrijpen onder druk plaatsen.² Nederland behoort tot de lidstaten die voorop lopen in het liberaliseren en privatiseren van deze voormalig publieke sectoren.

Lange tijd heeft het 'vrije markt'-denken overheerst op het niveau van de EU-instellingen. Uitzonderingen in het algemeen belang op de marktgerichte verdragsregels werden zo beperkt mogelijk gehouden en als onwenselijk gezien in verband met het streven naar een interne gemeenschappelijke markt. Dit heeft grote gevolgen gehad voor de organisatie van nutssectoren in de verschillende lidstaten en ze beperkt in de mogelijkheid om hun eigen economie te beïnvloeden en bepaalde socio-economische doelen te bereiken.³ Het Hof van Justitie van de EU (het Hof), dat de soms vage termen van het VWEU interpreteert, heeft vergaand ingegrepen. In de lidstaten worden dit soort besluiten, afwegingen tussen economisch en sociaal beleid, doorgaans door de politiek genomen en niet door de rechter. In de EU heeft het Hof hierin een dominante rol.

Inmiddels worden uitzonderingen in het algemeen belang gezien als wenselijk en positief.⁴ Tegenwoordig is daarmee meer aandacht voor een 'sociaal Europa' en niet langer alleen maar voor een 'economisch Europa'. Zo heeft de Europese Commissie (Commissie) in juli 2008 een nieuwe sociale agenda gepubliceerd, waarvan het thema is: kansen, toegang en solidariteit.⁵ Daarnaast krijgt het begrip Europees burgerschap dat werd geïntroduceerd in het verdrag van Maastricht, steeds meer inhoud. Vaak wordt inmiddels het recht op toegang tot diensten van algemeen economisch belang, waaronder diensten geleverd in nutssectoren, als onderdeel van het burgerschap van de EU gezien.⁶

Er moeten twee nuanceringen worden geplaatst bij de beperkingen die worden opgelegd door het EU-recht. Ten eerste is elke lidstaat zelf partij bij het VWEU en betrokken bij de totstandkoming van het EU-recht. Hoewel onmiskenbaar is dat ook besluiten die individuele lidstaten onwelgevallig zijn tot stand kunnen komen, moet niet de illusie ontstaan dat het EU-recht een fenomeen is dat van buitenaf onvrijwillig zou worden opgelegd. Een tweede nuan-

¹ Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon wordt niet meer gesproken van de Europese Gemeenschap, maar van de Europese Unie.

² Verhoeven 1996, p. 886. Meer hierover in paragraaf 3.2.2.

³ Scharpf 2003, p. 111.

⁴ Prosser 2003, p. 1-10.

⁵ *Mededeling van de Europese Commissie inzake vernieuwde sociale agenda: kansen, toegang en solidariteit in het Europa van de 21e eeuw* (COM/2008/0412 def.).

⁶ Bijvoorbeeld in het *Groenboek inzake diensten van algemeen belang* (COM/2003/0270 def.), par. 2.

cingering is dat niet alle lidstaten van de EU altijd helemaal in de pas lopen en soms zich zelfs openlijk verzetten tegen bepaalde EU-maatregelen, juist op het gebied van nutssectoren omdat zij doorgaans van groot nationaal belang worden geacht. Dit politieke spel heeft op zijn beurt ook weer uitwerking op de maatregelen die tot stand komen. In dit hoofdstuk wordt ondanks deze nuanceringen uitgegaan van de huidige juridische stand van zaken als grens voor de nationale wetgever.

Er is sprake van een fundamentele spanning tussen de werking van het mededingingsrecht en de interne marktregels enerzijds en het beschermen van consumenten in de breedst mogelijke zin anderzijds. Door Prosser is dit geduid als een ideologisch conflict tussen de continentale traditie van *service public* en de Angelsaksische vrijemarkt-traditie.⁷ Van oudsher geldt in de Angelsaksische landen een traditie waarin de zo vrij mogelijke markt het uitgangspunt vormt. De nutssectoren zijn in deze landen ook van oudsher privaat. Pas als sprake is van marktfalen, is overheidsingrijpen geboden. De continentale traditie is er een waarin de overheid bepaalde publieke diensten verzorgt. Het EU-recht, in het bijzonder de daaraan ten grondslag liggende economische constitutie, het VWEU, vindt zijn grondslag in de Angelsaksische traditie die uitgaat van de veronderstelling dat dit de grootste welvaart oplevert. Er ontstaan zodoende spanningen tussen de vrije marktinvallshoek van het EU-recht en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie van het Hof en de continentale nationale tradities, die gewend zijn dat de keuzes tussen marktwerking en sociaal beleid door de politiek worden gemaakt en niet door de rechter.

Marktwerking leidt niet altijd tot een sociaal acceptabele en politiek wenselijke uitkomst en kan daarom aanleiding geven tot overheidsingrijpen om consumenten te beschermen. Dit overheidsingrijpen verstoort vervolgens de werking van de markt. Het creëren van een interne markt en het bevorderen van de mededinging daarin behoort tot de competentie van de EG en het borgen van sociale publieke belangen tot dusver hoofdzakelijk tot de competentie van de lidstaten.

Er zijn drie verschillende manieren om vanuit het perspectief van de EU-wetgever met deze spanning tussen de markt en het beschermen van consumenten om te gaan.⁸ Ten eerste kan, voor de regulering van bepaalde sectoren, waarin sociale publieke belangen een prominente rol spelen, aan de lidstaten volledige soevereiniteit worden toegekend. Het staat de lidstaten dan vrij om de betrokken sectoren te reguleren op een wijze die hen goed dunkt en de EG heeft geen competentie om in te grijpen. De verschillende lidstaten zullen hun uiteenlopende tradities behouden en dit zal waarschijnlijk een negatief effect hebben op het bereiken van een interne gemeenschappelijke markt.

Ten tweede kan men bepalen dat het EU-recht in een bepaalde sector van toepassing is, maar dat daar onder bepaalde voorwaarden een uitzondering op kan worden gemaakt door de lidstaat. In principe gelden dan de regels uit het EU-verdrag, maar als dat het dienen van een sociaal publiek belang verhindert, kan door de lidstaat van de regels worden afgeweken. Voor deze gevallen heeft het Hof een proportionaliteitstoets aangelegd op grond waarvan wordt gepoogd een balans te bereiken tussen de sociale publieke belangen die de lidstaten proberen te verwezenlijken en de interne gemeenschappelijke markt die de EG wil bereiken.

Ten derde kan de EG zelf met sectorale oplossingen komen door secundaire wetgeving tot stand te brengen. Zo kunnen EU-instellingen een richtlijn tot stand brengen om de regule-

⁷ Prosser 2005, p. 153-154.

⁸ Zie voor deze driedeling maar dan uitsluitend m.b.t. het mededingingsrecht: H. Schweitzer, *Daseinsvorsorge, 'service public', Universaldienst. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post* (diss. Berlijn), Baden-Baden: Nomos-Verlag 2001/2002.

ring van een bepaalde sector in alle lidstaten tot op zekere hoogte te harmoniseren. Hiermee wordt bereikt dat op bepaalde punten minder of geen verschillen tussen de lidstaten zijn in het reguleren van bepaalde sectoren. Dit betekent dat de EG in deze gevallen in beginsel bepaalt wat publieke belangen zijn en hoe deze (kunnen) worden geborgd. De lidstaten hebben dan niet langer de bevoegdheid om te beslissen wat voor hen van algemeen belang is.

In de nutssectoren spelen de laatste twee oplossingen een belangrijke rol. De eerste oplossing, volledige soevereiniteit van de lidstaten, doet zich niet voor in de regulering van nutssectoren. De lidstaten hebben een beperkte vrijheid bij het inrichten en reguleren van nutssectoren omdat de EG hieraan eisen stelt, zoals in dit hoofdstuk zal blijken. Bij de tweede oplossing - een uitzondering op het mededingingsrecht - is het concept 'diensten van algemeen economisch belang' (DAEB) cruciaal. Met behulp van dit concept kunnen nationale publieke doeleinden tot op zekere hoogte in balans worden gebracht met de marktgerichte verdragsregels.

Voor een aantal nutssectoren is secundaire wetgeving tot stand gebracht, veelal in de vorm van EU-richtlijnen. Hoewel deze wetgeving derogeeert aan de primaire verdragsregels blijft het van belang deze laatste regels te bespreken. Niet alleen met het oog op de sectoren waarvoor nog geen secundaire regelgeving tot stand is gekomen,⁹ maar ook omdat de secundaire wetgeving is geïnspireerd op de systematiek van de verdragsregels. Bovendien blijft het primaire verdragsrecht gelden voor alle gevallen en situaties die niet worden geregeld door de secundaire wetgeving. In dit hoofdstuk wordt de sectorspecifieke secundaire regelgeving niet besproken. Deze wordt besproken de sectorhoofdstukken (5-8) deze studie. Hier komt uitsluitend het algemene EU-rechtelijke kader aan de orde, toegespitst op nutssectoren.

2.1.2 Vraagstelling

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke grenzen het EU-recht stelt aan de vrijheid die de nationale wetgever heeft bij het reguleren van nutssectoren. Hier wordt de eerder genoemde dynamiek tussen lidstaten en EG en markt en overheid als het ware bevroren en wordt uitgegaan van wat op dit moment rechtens is. De vraagstelling van dit hoofdstuk luidt dan ook: in hoeverre wordt de nationale wetgever beperkt door het EU-recht in zijn mogelijkheden om nutssectoren te reguleren? De spiegelzijde van deze vraag luidt: welke mogelijkheden heeft de nationale wetgever bij het reguleren van nutssectoren?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet een aantal gebieden van het EU-recht worden beschreven, geanalyseerd en geïnterpreteerd vanuit de invalshoek van de nutssectoren. Deze gebieden zijn de regels inzake het vrije verkeer, het mededingingsrecht en het staatssteunrecht. Het aanbestedingsrecht op zichzelf wordt in dit hoofdstuk niet besproken. Hiervoor is gekozen omdat het aanbestedingsrecht ziet op overheidsopdrachten of opdrachten die worden uitgeschreven door nutsbedrijven en niet op de regulering door de overheid van het gedrag van deze bedrijven, de scope van dit onderzoek. Wel wordt bij het vrij verkeer van diensten nagegaan welke gevolgen deze regels hebben voor dienstenconcessies, een voorkomend verschijnsel in nutssectoren waarop het aanbestedingsregime niet van toepas-

⁹ Voor de drinkwatersector is (nog) geen richtlijn tot stand gekomen die voorschrijft op welke wijze deze sector moet worden gereguleerd. Er bestaat verschil van mening over de vraag of drinkwater onder de hiervoor beschreven eerste variant (EU-recht geldt niet) of onder de tweede variant (EU-recht geldt, tenzij), zou vallen, zie hierover paragraaf 2.3.2.

sing is evenmin als de dienstenrichtlijn. Verder komt het aanbestedingsrecht aan de orde in hoofdstuk 7 waarin de regulering van het stads- en streekvervoer wordt geanalyseerd.

2.1.3 Opzet

Hierna wordt eerst kort ingegaan op het in het EU-recht voorkomende begrip diensten van algemeen economisch belang en een aantal hieraan gerelateerde begrippen (2.2). Omdat deze in andere paragrafen zullen terugkeren, is het van belang om eerst de inhoud van dit begrip en de status ervan helder voor ogen te krijgen. Dit begrip en aanverwante begrippen spelen vooral een rol bij het mededingings- en staatssteunrecht. Omdat ook in de Dienstenrichtlijn een aantal van de begrippen wordt gehanteerd is ervoor gekozen deze paragraaf vooraf te laten gaan aan alle overige paragrafen.

Vervolgens wordt ingegaan op de betekenis van de verdragsregels inzake vrij verkeer voor de reguleringsmogelijkheden (2.3). Hierbij wordt ingegaan op het vrij verkeer van diensten (inclusief de genoemde Dienstenrichtlijn), het vrij verkeer van goederen en het vrij verkeer van kapitaal. Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de betekenis van het Europese mededingingsrecht (met name artikel 106, tweede lid, VWEU) (2.4)¹⁰ en het verbod van staatssteun (2.5). Vervolgens wordt de balans opgemaakt. Naar voren zal komen dat het begrip proportionaliteit een hoofdrol speelt bij de vraag welke vrijheid de nationale wetgever heeft (2.6). Ten slotte wordt een antwoord geformuleerd op de hoofdvraag hoeveel vrijheid de nationale wetgever heeft bij het reguleren van nutssectoren (2.7). Hierbij zal steeds worden aangegeven welke van de drie varianten van het omgaan met de spanning tussen het borgen van een Europese interne markt en het borgen van sociale publieke belangen door de lidstaten aan de orde is.

¹⁰

Art. 37 VWEU, het verbod van commerciële staatsmonopolies, wordt in deze studie niet afzonderlijk besproken, daar de uitzondering van art. 106, tweede lid, VWEU ook geldt voor dit artikel, maar in de praktijk van de jurisprudentie veeleer wordt ingegaan op het verbod van misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU). In dat licht voegt een afzonderlijke behandeling van art. 37 VWEU weinig toe. Zie ook Prosser 2005, p. 124-125.

2.2 Diensten van algemeen economisch belang ontrafeld

2.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de in de EU-regelgeving en -documentatie gehanteerde begrippen 'diensten van algemeen economisch belang' (DAEB), diensten van algemeen belang (DAB) en 'gewone' diensten in de zin van het VWEU. Bepaalde diensten zoals die worden verricht in deze sectoren kunnen tot de DAEB worden gerekend, hetgeen tot gevolg heeft dat het mededingingsrecht daarop van toepassing is, maar uitzonderingen mogelijk zijn.¹¹ Op DAEB is derhalve een ander regelcomplex van toepassing dan op 'gewone' diensten.

Het is bovendien van belang om de begrippen DAEB en DAB helder te onderscheiden omdat ook op deze verschillende diensten verschillende regelcomplexen van toepassing zijn. DAB vallen niet onder de toepassing van de interne markt- en mededingingsregels van het VWEU, terwijl DAEB daar in beginsel wel onder vallen, maar onder omstandigheden hierop uitzonderingen gerechtvaardigd zijn. Beide diensten kunnen in nutssectoren in beginsel voorkomen.

Hoewel de relatie tussen DAEB en het mededingingsrecht dominant is, wordt hier – voorafgaand aan de bespreking van de vrij verkeerregels – al ingegaan op dit begrip. De reden hiervoor is dat het begrip DAEB ook wordt gehanteerd in de Dienstenrichtlijn die aan de orde zal komen bij de bespreking van de regels inzake het vrij verkeer.¹²

Eerst wordt hierna ingegaan op de begrippen DAEB en DAB en op welke wijze zij worden gebruikt in EG-regelgeving en -documentatie (2.2.2). Vervolgens wordt besproken hoe een grens tussen deze twee begrippen kan worden getrokken (2.2.3) en op welk niveau de bevoegdheid ligt om te beslissen dat een dienst een DA(E)B is en in hoeverre het hierbij om een discretionaire bevoegdheid van de lidstaten gaat (2.2.4). Daarna worden ter verheldering kort twee aan DAEB gerelateerde Europese begrippen besproken: 'openbare dienstverplichtingen' en 'universele dienstverlening' (2.2.5), waarna wordt gekomen tot de slotsom waarin de vraag wordt beantwoord hoe de grens moet worden getrokken tussen DAEB en DAB enerzijds en DAEB en 'gewone' diensten anderzijds (2.2.6).

2.2.2 Diensten van algemeen economisch belang in EU-wetgeving en -documentatie

Het begrip 'DAEB' speelt een steeds grotere rol in het EU-recht. Aanvankelijk kwam het begrip uitsluitend voor in artikel 106, tweede lid, VWEU (oud: artikel 106, tweede lid, EG-Verdrag). Inmiddels is het begrip ook neergelegd in artikel 14 VWEU (oud: artikel 16 EG-Verdrag).¹³

In dit artikel wordt de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten van belang geacht. Het is geformuleerd als een uitgangspunt en niet als een harde rechtsregel. Bovendien is de tekst nogal schimmig en voor vele interpretaties vatbaar. In de literatuur komt men tegen dat de bepaling zou kunnen duiden op uitgebreidere bevoegdheden voor de EG maar ook op uitgebreidere bevoegdheden voor de lidstaten op dit punt.¹⁴ Verder wordt door de een

¹¹ Zie hierover paragraaf 2.4.

¹² Zie hierover paragraaf 2.3.

¹³ In dit hoofdstuk wordt steeds uitgegaan van de sinds het Verdrag van Lissabon geldende artikelen uit het VWEU. Hoewel de rechtspraak en literatuur over deze artikelen vaak spreekt over de oude artikelen, uit het EG-Verdrag, worden hier uitsluitend de nieuwe artikelen aangehaald. Waar zinvol wordt kort aangegeven wat de oude nummering van het artikel was.

¹⁴ Zie voor een bespreking van de betekenis van art. 16 EG: Ross 2000, p. 22-38.

gesteld dat het artikel eigenlijk compleet kan worden genegeerd en door anderen dat het tot gevolg heeft dat artikel 106, tweede lid, VWEU (waarover later uitgebreid) niet langer moet worden geïnterpreteerd als regel maar als een afweging moet worden benaderd.¹⁵ Buendía Sierra heeft betoogd dat het artikel geen wijziging brengt in artikel 106, tweede lid, VWEU maar slechts de logica achter deze bepaling benadrukt.¹⁶ Volgens Baquero Cruz kan het, gelet op jurisprudentie van het Hof inzake interpretatie van nieuwe algemene verdragsbepalingen, op zijn hoogst worden gezien als een element in de interpretatie van artikel 106, tweede lid, VWEU.¹⁷

Artikel 14 kan naar mijn mening in ieder geval worden opgevat als een bevestiging van het belang van DAEB binnen de uitgangspunten van de EG en een benadrukking van het aansluiten van DAEB bij de bevoegdheidsverdeling die reeds bestaat. Het is een uiting van politieke wil die erop duidt dat meer waarde moet worden gehecht aan het verrichten van DAEB dan tot dusver het geval was. De juridische betekenis van de introductie van het artikel zal echter nog moeten blijken.

In de tekst van het Verdrag van Lissabon (VvL)¹⁸ is het artikel uitgebreid ten opzichte van de oude versie in het EG-Verdrag (artikel 16 EG) met een bevoegdheid voor het Europees Parlement en de Raad om wetgeving tot stand te brengen op het terrein van DAEB.

‘Onverminderd artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en de artikelen 93, 106 en 107 van dit Verdrag en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Unie en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Verdragen zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordeningen deze beginselen en voorwaarden vast, onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Verdragen, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.’

Bovendien is bij het Verdrag van Lissabon een (interpretatief) protocol betreffende diensten van algemeen (economisch) belang gevoegd. Het eerste artikel hiervan luidt als volgt:

‘De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name:

- de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;

¹⁵ Voor een bespreking van de verschillende visies: Szyszczak 2007, p. 219-220 en Baquero Cruz 2005, p. 177.

¹⁶ Buendía Sierra 1999, p. 313.

¹⁷ Baquero Cruz 2005, p. 177.

¹⁸ Verdrag van Lissabon tot wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie en het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon 13 december 2007 (*PbEU* 2007, C 306/1). Dit verdrag is nog niet in werking getreden.

- de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;
- een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker;¹⁹

Dit protocol geeft weer hoe op dit moment in de EU wordt gedacht over DAEB. Uit dit protocol komt naar voren dat een ruime discretionaire bevoegdheid moet zijn voor lidstaten om DAEB te organiseren en dat diversiteit en culturele verschillen in de verschillende lidstaten hierbij worden gerespecteerd.

Ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) erkent en respecteert het bestaan van DAEB in artikel 36:²⁰

'De Unie erkent en eerbiedigt de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals deze is geregeld in de nationale wetgevingen en praktijken, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, om de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'

Uit de uitleg bij het Handvest blijkt dat dit artikel geen nieuw recht beoogt te creëren en slechts het respect van de EU uitdrukt voor nationale bepalingen ter zake van diensten van algemeen economisch belang voor zover deze in overeenstemming zijn met het EU-recht.²¹

Artikel 106, tweede lid, VWEU dat al sinds 1957 in het VWEU staat, bevat een uitzondering op de regel dat alle ondernemingen onder de mededingingsregels van het Verdrag vallen. Deze uitzondering ziet specifiek op ondernemingen die zijn belast met DAEB. Over deze uitzondering heeft het Hof uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld. Op deze jurisprudentie wordt hierna dieper ingegaan (2.4.4).

Ook in de Dienstenrichtlijn²² worden DAEB²³ en DAB genoemd.²⁴ In verschillende stukken van de Europese Commissie staan diensten van algemeen belang centraal,²⁵ waarvan de

¹⁹ Protocol betreffende de diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon (*PbEU* 2007, C 306/158).

²⁰ Handvest van de Grondrechten van de EU van 18 december 2000 (*PbEU* 2000, C 364/01).

²¹ Nota van het praesidium van 11 oktober 2000, p. 33 (CHARTER 4473/00, CONVENT 49, <www.europarl.europa.eu/charter/activities/calend1_en.htm>).

²² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, L 376/36).

²³ Art. 1 lid 2 Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).

²⁴ Art. 2 lid 2 sub a Richtlijn 2006/123/EG (*PbEU* 2006, L 376/36).

²⁵ *Eerste mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang* (COM(96)281); *Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa* (COM/2000/0580, *PbEG* 2000, C 17); *Rapport bij de Europese Raad van Laeken, Diensten van algemeen belang* (COM/2001/0598); Non-paper van de Europese Commissie, DG Concurrentie inzake diensten van algemeen economisch belang en staatssteun van 12 november 2002, COMP-2002-01759-02-00-NL-TRA-00 (FR); *Groenboek inzake diensten van algemeen belang* (COM/2003/0270 def., *PbEU* 2004, C 76) en *Witboek inzake diensten van algemeen belang* (COM/2004/0374 def.).

meest recente een mededeling is uit 2007.²⁶ Net als in de dienstenrichtlijn wordt een onderscheid gemaakt tussen DAEB en DAB.

De codificatie van DAEB in artikel 16 VWEU en artikel 36 van het Handvest bevestigt het belang van deze diensten in de grondbeginselen van de EG. DAEB lijken inmiddels een geheel eigen plaats in de beginselen van de EG te hebben gekregen. In de literatuur wordt gesignaleerd dat het concept DAEB niet langer uitsluitend een rol als rechtvaardiging voor een uitzondering op de mededingingsregels speelt, maar dat artikel 106, tweede lid, VWEU een autonome grondslag zou kunnen vormen die staatsingrijpen kan rechtvaardigen. De jurisprudentie van het Hof kent van oudsher als stelregel dat uitzonderingen restrictief geïnterpreteerd moeten worden.²⁷ Er vindt dan een verschuiving plaats: artikel 106, tweede lid VWEU verschuift van een restrictief geïnterpreteerde uitzondering op het mededingingsrecht naar wat door Baquero Cruz wordt omschreven als een *judicially enforceable constitutional norm*.²⁸ Het is volgens mij zeer goed denkbaar dat de steeds prominentere plaats van DAEB in het VWEU en andere belangrijke documenten in het steeds meer solidaire Europa leidt tot het ruimhartiger aanvaarden van uitzonderingen door het Hof.

Het begrip 'dienst' in het begrip DAEB is niet per definitie hetzelfde als het begrip dienst zoals tot uitdrukking komt in artikel 50 EG. Het Hof heeft terzake geen uitspraak gedaan. Het zou ook vreemd zijn nu artikel 50 ziet op grensoverschrijdende diensten, terwijl DAEB worden gehanteerd in het mededingingsrecht, waarbij het niet cruciaal is dat sprake is van grensoverschrijding.²⁹ Bovendien is het begrip DAEB zo ruim dat hieronder ook het leveren van goederen kan worden begrepen.³⁰

2.2.3 Onderscheid

Zoals eerder al opgemerkt, is het van belang een helder onderscheid te hanteren tussen DAB en DAEB omdat op de verschillende diensten zeer verschillende regelcomplexen van toepassing zijn. De mededingings- en vrij verkeerregels uit het VWEU zien uitsluitend op diensten met een economisch karakter. Op DAEB zijn deze regels gezien hun economisch karakter daarom van toepassing. DAB daarentegen vallen daar niet onder. Voor DAEB gelden onder omstandigheden uitzonderingen op deze regels.

De begrippen DAEB en DAB zijn op EG-niveau geïntroduceerd en niet ontleend aan in de lidstaten gehanteerde concepten. Ze worden niet nader gedefinieerd in het VWEU, in de Dienstenrichtlijn of in de mededelingen van de Europese Commissie. Het begrip DAB komt helemaal niet voor in het VWEU. Voor het feit dat DAEB niet worden gedefinieerd, zijn verschillende redenen te noemen. Ten eerste geeft het Verdrag aan lidstaten de ruimte om te bepalen wat DAEB zijn en ten tweede is geen standaardlijst van DAEB te maken omdat het concept van DAEB dynamisch is. Wat precies tot de DAEB moet worden gerekend verschilt per

²⁶ Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement (COM/2007/0725 def.), p. 4.

²⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699, par. 37 (*Commissie/Nederland*).

²⁸ Baquero Cruz 2002, p. 76-80.

²⁹ Steyger 2007, p. 385.

³⁰ GvEA EG 4 maart 2003, nr. T-319/99, *Jur.* 2003, p. II-357, bevestigd in: HvJ EU 10 november 2005, nr. C-205/03, *Jur.* 2006, p. I-06295 (*FENIN*).

lidstaat en verandert in de loop van de tijd, onder meer invloed van technologische ontwikkelingen.³¹

In het algemeen gezegd, worden diensten die tot het overheidsprerogatief behoren en die geen marktgericht of economisch karakter hebben, gerekend tot de DAB. Hierbij wordt bijvoorbeeld gedacht aan diensten die worden verricht door de politie. Het concept 'dienst' in het begrip DAEB wordt in het kader van het mededingingsrecht van artikel 106, tweede lid, VWEU breed uitgelegd in die zin dat zowel de levering van goederen als diensten kan omvatten.³² Het is dus mogelijk dat op een dienst in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU de regels van vrij verkeer van goederen van toepassing zijn.³³ Ook het begrip DAEB vormt derhalve, ondanks haar economische karakter, niet een volledige deelverzameling van het begrip dienst in artikel 49 VWEU.

In het Groenboek en in het Witboek inzake diensten van algemeen belang van de Commissie worden de DAEB geacht een deelverzameling te zijn van de DAB: '(...) [Het begrip DAB] heeft een bredere betekenis dan 'diensten van algemeen economisch belang' en heeft betrekking op zowel marktgerichte als niet-marktgerichte diensten die de overheid van algemeen belang acht en waarvoor specifieke openbardienstverplichtingen gelden'.³⁴ Uit het voorgaande blijkt dat de term DAB twee betekenissen heeft: ten eerste als paraplueterm; het heeft immers een bredere betekenis dan het begrip DAEB, en ten tweede als tegenhanger van het begrip DAEB: DAB hebben geen marktgericht oftewel economisch karakter, terwijl DAEB dat juist wel hebben.

Steyger is van oordeel dat de vraag of een dienst van algemeen economisch of niet-economisch belang is, in hoge mate afhankelijk is van de politieke keuze of een dienst op de markt komt. Immers, zo stelt zij, voor elke activiteit bestaat een potentiële markt 'en de enige reden waarom sommige uitvoerende entiteiten niet als ondernemingen worden gekarakteriseerd, heeft te maken met het wettelijk kader waarin de activiteiten zijn gebed, de wijze waarop de diensten worden gecompenseerd en de mate van zeggenschap die de desbetreffende entiteiten over het eigen beleid hebben'.³⁵

Om verwarring te voorkomen doen Slot e.a. een voorstel om DAB en DAEB te definiëren en helder van elkaar te onderscheiden. Als gemeenschappelijke kenmerken van de twee begrippen benoemen zij op grond van de jurisprudentie van het Hof de aanwezigheid van een algemeen belang en specifieke overheidssturing. De grens is moeilijker te trekken, aldus Slot e.a. Zij stellen voor om de juridische grens tussen DAB en DAEB vast te stellen langs de lijnen van het begrip 'onderneming' en daarmee van het begrip 'economische activiteit'. Het komt erop neer dat DAB worden aangeboden via het budgetmechanisme en DAEB geheel of gedeeltelijk via het marktmechanisme.³⁶ Bij dit heldere onderscheid wordt hier aangesloten.

Het is uiteindelijk helder om aan te sluiten bij de in de Dienstenrichtlijn gehanteerde begrippen: diensten van algemeen niet-economisch belang (DANEB) en diensten van algemeen economisch belang (DAEB). Op deze wijze komt het al dan niet economisch karakter helder tot uitdrukking in de gehanteerde termen. Hiermee wordt het onderscheid van Slot e.a. in-

³¹ W. Sauter, 'Services of general economic interest and universal service in EU law', *Tilec discussion paper* 2008, p. 11 (<<http://ssrn.com/abstract=1136105>>).

³² Szyszczak 2007, p. 217.

³³ Steyger 2007, p. 385.

³⁴ *Groenboek inzake diensten van algemeen belang* (COM/2003/0270 def., *PbEU* 2004, C-76, punt 16). Zie ook Van der Gronden 2007, p. 400.

³⁵ Steyger 2007, p. 398.

³⁶ Slot, Park & Cuyvers 2007, p.104-106.

houdelijk gevolgd, maar wordt voor een andere naam gekozen om verwarring te voorkomen. Tegen het hanteren van diensten van algemeen belang (DAB) als paraplu-term bestaan dan niet langer bezwaren.

2.2.4 Vaststellen van diensten van algemeen economisch belang

Een essentiële eigenschap van DAEB is dat sprake moet zijn van specifieke overheidssturing door het opleggen van 'openbare dienstverplichtingen' (*public service obligations*) (ODV) aan de betrokken onderneming. ODV zijn de verplichtingen die een onderneming, indien zij haar eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen.³⁷ In beginsel is het aan de lidstaten om te bepalen terzake waarvan zij ODV opleggen en welke diensten zij daarmee tot de DAEB rekenen. In de Dienstenrichtlijn wordt, in lijn met de jurisprudentie van het Hof, benadrukt dat het tot de bevoegdheid van de individuele lidstaten behoort om te bepalen wat DAEB zijn.³⁸ Het Hof corrigeert dit oordeel van de individuele lidstaten slechts op *manifest errors*.³⁹

Het Gerecht van Eerste Aanleg (het Gerecht) bevestigde recentelijk dat aan de lidstaten hierbij een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. 'Deze bevoegdheid wordt bevestigd door het ontbreken van zowel een speciaal aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheid als een nauwkeurige en volledige definitie van het begrip dienst van algemeen economisch belang in het gemeenschapsrecht', aldus het Gerecht.⁴⁰ Hierbij plaatst het wel de kanttekening dat de bevoegdheid van de lidstaat om de diensten van algemeen economisch belang te definiëren, niet onbeperkt is en niet willekeurig kan worden uitgeoefend enkel om een bepaalde sector aan de toepassing van de mededingingsregels te onttrekken.⁴¹

Dit houdt tevens verband met het feit dat DAEB in verschillende lidstaten op verschillende manieren worden gereguleerd en dat in de ene cultuur iets wel van algemeen belang wordt geacht, waar dat in een andere lidstaat van oudsher niet het geval is.⁴² Hoewel het concept derhalve op EG-niveau is geïntroduceerd, wordt de invulling ervan uiteindelijk in belangrijke mate in de onderscheidenlijke lidstaten bepaald. Deze discretie is echter niet absoluut, maar moet worden opgevat als een maximumstandaard, waar de lidstaten niet boven mogen komen om misbruik van de uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU te voorkomen.⁴³

Het Hof beslist uiteindelijk of een lidstaat een dienst al dan niet ten onrechte als DAEB kwalificeert. Welke diensten precies als DAEB moeten worden gekwalificeerd, ligt dus niet op voorhand vast, maar moet van geval tot geval worden beoordeeld. De kwalificatie van DAEB is van belang in de context van de uitzondering van de mededingingsregels op grond van artikel 106, tweede lid, VWEU (2.4) die tevens gevolgen kan hebben voor de toepassing van het staatssteunverbod (2.5).

De criteria aan de hand waarvan het Hof toetst of de kwalificatie als DAEB de betrekkelijk marginale toets kan doorstaan in de context van het staatssteunverbod, zijn de volgende. Het Hof gaat na of sprake is van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers wor-

³⁷ Meer over dit begrip, zie paragraaf 2.2.5.

³⁸ Art. 1 lid 3 Dienstenrichtlijn.

³⁹ *Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa* (COM/2000/0580, PbEG 2000, C 17, paragraaf 22).

⁴⁰ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 166-167 (BUPA).

⁴¹ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 168 (BUPA).

⁴² Szyszczak 2007, p. 215-216.

⁴³ Buenda Sierra 2007, p. 629.

den belast met een taak van algemeen economisch belang.⁴⁴ Op deze laatste aspecten wordt in 2.5 uitgebreid ingegaan, hier staat uitsluitend het algemeen economisch belang-criterium ter discussie.

De verrichting van de betrokken dienst moet derhalve een algemeen of openbaar belang hebben. Het Hof heeft inmiddels van bepaalde diensten beslist dat zij geen dergelijk belang hebben. 'Daarin onderscheiden de verplichtingen tot het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang zich met name van de diensten die een privébelang dienen, ook al kan dit belang meer of minder collectief zijn dan wel door de lidstaat als legitiem of nuttig worden erkend', aldus het Hof.⁴⁵ Geen algemeen belang dienen volgens het Hof bijvoorbeeld de ondernemingen die zijn belast met het beheren van intellectuele eigendomsrechten, daar zij slechts private rechten beheren.⁴⁶

Een dienst is voorts niet van algemeen belang wanneer deze uitsluitend aan bepaalde ondernemingen of sectoren ter beschikking wordt gesteld.⁴⁷ Het kan hierbij ook gaan om een verplichting die aan alle of een deel van de marktdeelnemers wordt opgelegd.⁴⁸ Het hoeft dus niet noodzakelijkerwijs te gaan om een exclusief of bijzonder recht in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU, hetgeen kort gezegd inhoudt dat een of meer ondernemingen met een taak worden belast met uitsluiting van anderen.⁴⁹ Regionaal beleid en in het bijzonder de correctie van verschillen tussen verschillende regio's kunnen ook als taken in het algemeen belang worden gezien, net als beleid in het algemeen belang dat is gericht op bepaalde benadeelde doelgroepen.⁵⁰

Deze jurisprudentie illustreert dat ook de levering van bepaalde goederen of diensten in nutssectoren tot de DAEB kan worden gerekend. Dit betekent niet dat alle diensten verricht of goederen geleverd door ondernemingen in nutssectoren zonder meer te kwalificeren zijn als DAEB. Steeds moet aan de hand van de specifieke kenmerken van de dienst worden bepaald of deze van algemeen economisch belang moet worden geacht.

In Commissiedocumenten is ten aanzien van bepaalde sectoren vastgesteld dat in deze sectoren DAEB worden verricht. Zo wordt in het Groenboek inzake diensten van algemeen belang gesteld dat onder DAEB kunnen worden begrepen 'voornamelijk bepaalde diensten die worden verleend door de grote netwerkindustrieën, zoals het aanbieden van vervoer, postdiensten, energie en communicatie. De term heeft evenwel ook betrekking op alle andere economische activiteiten, waarop ODV van toepassing zijn.'⁵¹ Niet alle diensten die in de betrokken sectoren worden geleverd, kunnen worden aangemerkt als DAEB, zoals ook uit bovenstaand citaat blijkt. Het is duidelijk dat het moet gaan om een dienst met een economisch karakter, die van overheidswege aan bepaalde verplichtingen worden onderworpen met het oog op het algemeen belang.

In de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (de Commissie) is vast komen te staan dat de volgende diensten DAEB inhouden: beheer openbaar telecommunicatienetwerk, waterdistributie, televisiediensten, transport van elektriciteit, exploiteren van bepaalde transportlijnen, arbeidsbemiddeling, basale postdiensten,

⁴⁴ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 172 (BUPA).

⁴⁵ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 178 (BUPA).

⁴⁶ HvJ EU 27 maart 1974, nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313, par. 23 (*Belgische radio en televisie*).

⁴⁷ Buendía Sierra 2007, p. 628.

⁴⁸ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 179 (BUPA).

⁴⁹ Zie paragraaf 2.4.

⁵⁰ Buendía Sierra 2007, p. 628.

⁵¹ *Groenboek inzake diensten van algemeen belang* (COM/2003/270 def., PbEU 2004 C-76, punt 17).

het onderhouden van een postdienstennetwerk in plattelandsgemeenschappen, havendiensten, afvalbeheerdiensten en ambulancediensten.⁵²

Steeds zal opnieuw van een bepaalde dienst moeten worden beoordeeld of het gaat om een DAEB. Hierover kunnen geen algemene uitspraken worden gedaan. Eenzelfde onderneming kan zowel DAEB als gewone diensten of goederen leveren. Deze diensten en goederen moeten op basis van het karakter ervan scherp gescheiden worden gehouden.

Culturele en technologische veranderingen kunnen bijdragen aan veranderingen in de kwalificatie als DAEB. Het is een dynamisch concept. Zo kan de brievenpost tot een bepaald gewicht op den duur plaatsmaken voor toegang tot internet en e-mail. Bovendien kan dit ook per lidstaat verschillen vanwege de verschillende benaderingen in de lidstaten die van oudsher zijn gekozen en mede verband houden met culturele verschillen.

In beginsel hebben lidstaten bij de regulering van deze basisdiensten meer vrijheid dan bij de regulering van gewone diensten. Het regime van artikel 106, tweede lid, VWEU is van toepassing op DAEB verricht in nutssectoren. Op dit regime wordt hierna (2.4) dieper ingegaan.

2.2.5 Gerelateerde begrippen

In de Europese context wordt een aantal andere, aan DAEB gerelateerde, begrippen gehanteerd. Zij worden hier uitgelegd omdat zij ook in de regulering van nutssectoren een rol kunnen spelen. Het begrip ODV komt als voorwaarde voor in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over staatssteun. Het begrip universele dienstverlening (UDV) komt in een aantal EG-richtlijnen en -verordeningen voor. Hierna worden deze begrippen toegelicht en wordt de relatie ervan tot DAEB bepaald zodat in latere onderdelen van deze studie helder is hoe zij moeten worden gedefinieerd.

De begrippen DAEB, ODV en UDV liggen dicht tegen elkaar aan maar vallen niet volledig samen. Dit kan verwarring opleveren. Hierna wordt gepoogd een en ander iets te verhelderen ten behoeve van dit onderzoek.

De begrippen DAEB, ODV en UDV kunnen allemaal worden gehanteerd als sprake is van een door een van overheidswege aan een onderneming opgedragen taak vanwege een algemeen belang. Bovendien komen het opleggen van ODV en de eisen van UDV uitsluitend voor in de context van DAEB.

Het begrip ODV komt naar voren in de Altmark-jurisprudentie van het Hof.⁵³ In deze zaak ging het om de financiering door de overheid van DAEB, in casu van diensten in het stads- en streekvervoer. Het Hof heeft geoordeeld dat als aan vier (cumulatieve) criteria wordt voldaan, de financiering niet onder het staatssteunverbod van artikel 107 VWEU valt en deze ook niet hoeft te worden genotificeerd aan de Commissie. Volgens één van de Altmark-criteria moet sprake zijn van een onderneming die belast is met de uitvoering van ODV. De Altmark-jurisprudentie komt hierna inhoudelijk uitgebreider aan de orde.⁵⁴ Voor nu is helder dat de aanwezigheid van een ODV ertoe leidt dat staatssteun onder omstandigheden geoorloofd kan zijn.

⁵² Zie met verwijzingen: Buendía Sierra 2007, p. 629-630.

⁵³ HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747 (*Altmark Trans*).

⁵⁴ Zie paragraaf 2.6.

In de PSO-verordening betreffende openbaar vervoer waarop deze uitspraak ziet, wordt het begrip ODV gedefinieerd.⁵⁵ Artikel 2, eerste lid luidt: 'Onder ODV moeten worden verstaan de verplichtingen die de vervoersonderneming, indien zij haar eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen.' In het tweede lid wordt een aantal ODV opgesomd: de exploitatieplicht, de vervoerplicht en de tariefplicht. Door de Commissie worden DAEB gekwalificeerd als 'marktdiensten waarvoor de lidstaten krachtens een criterium van algemeen belang specifieke ODV laten gelden.'⁵⁶ ODV worden vervolgens gedefinieerd op dezelfde wijze als in de verordening hiervoor aangehaald (artikel 2, eerste lid).

Van der Gronden concludeert in zijn preadvies dat de openbare dienstverplichting een deelverzameling is van de DAEB.⁵⁷ Hij redeneert dat de categorie van DAEB breder is omdat daarvoor niet de andere criteria van Altmark gelden. Het karakter van ODV is mijns inziens echter wezenlijk anders dan dat van DAEB en moet daarom niet als een deelverzameling daarvan worden aangemerkt. De definitie en de voorbeelden van ODV gegeven in de PSO-Verordening duiden er mijns inziens op dat het gaat om verplichtingen die worden opgelegd in het kader van het verrichten van DAEB. Ook de aangehaalde definitie van de Commissie sluit hierbij aan. Het begrip openbare dienst op zich (dat als zodanig echter niet voorkomt) zou zeer wel kunnen worden vergeleken met DAEB en daar een deelverzameling van kunnen uitmaken. De verplichtingen die eraan verbonden zijn, kunnen niet los worden gezien van deze dienst en vallen er deels mee samen, maar vallen niet samen met de dienst zelf, slechts met de voorwaarden waaronder de dienst wordt geleverd.

In EG-richtlijnen komt men daarnaast het begrip UDV tegen.⁵⁸ Er is sprake van UDV als men van een bepaalde dienst heeft besloten dat iedere consument op het gehele grondgebied van een lidstaat tegen vergelijkbare en redelijke prijzen toegang moet hebben tot deze dienst. Vaak worden de betrokken diensten vervolgens universele diensten genoemd.⁵⁹ Dit kan, aldus geformuleerd, worden opgevat als een deelgroep van de categorie DAEB.

Men kan dit begrip ook anders opvatten. Het begrip universele dienstverplichting zoals dat wordt gehanteerd door de Commissie, ziet op het opleggen van een verplichting aan een onderneming om de DAEB tegen universele dienstvoorwaarden te leveren.⁶⁰ Wederom gaat het om verplichtingen die gelden ten aanzien van bepaalde DAEB. De universele dienstverplichtingen moeten naar mijn mening evenals ODV worden opgevat als verplichtingen die gelden ten aanzien van DAEB. De UDV-categorie is echter kleiner en specifiekier dan de ODV-categorie, aangezien slechts bepaalde DAEB tegen universele voorwaarden moeten worden geleverd. De UDV-categorie wordt op EG-niveau inhoudelijk vastgelegd, terwijl de inhoud van ODV en DAEB aan de lidstaten zijn voorbehouden. In zoverre vormen UDV derhalve een beperking voor de nationale wetgever om zelf te bepalen of zij bepaalde verplichtingen wil opleggen.

⁵⁵ Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lid-Staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (*PbEG* 1969, L 156/1).

⁵⁶ Non-paper van de Europese Commissie, DG Concurrentie inzake diensten van algemeen economisch belang en staatssteun van 12 november 2002, COMP-2002-01759-02-00-NL-TRA-00 (FR), p. 5.

⁵⁷ Van der Gronden 2007, p. 419.

⁵⁸ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* L 108/55, Universeledienstrichtlijn).

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Van der Gronden 2007, p. 402.

⁶⁰ Zie COM/2007/725 def., p. 6.

Zo is bijvoorbeeld van vaste telefonie in EG-regelgeving en in navolging daarvan in de Telecommunicatiewet bepaald dat een ieder daartoe toegang moet hebben op het gehele grondgebied van een lidstaat tegen vergelijkbare en redelijke prijzen. Nu kan deze dienst binnen de telecommunicatie worden aangemerkt als universele dienst.⁶¹

Een andere benadering is om te zeggen dat bepaalde diensten binnen de telecommunicatie tegen universele dienstvoorwaarden moeten worden aangeboden. In dit laatste geval kunnen de bijzondere verplichtingen waaronder de dienst mag worden aangeboden, worden gezien als gericht op het borgen van publieke belangen, te weten betaalbare prijzen en het recht op toegang van een ieder.

Zoals hiervoor bleek, wordt vaste telefonie gezien als een DAEB die tegen universele voorwaarden moet worden aangeboden. Breedbandinternet kwalificeert (nog) niet als zodanig. Onder omstandigheden wordt breedbandinternet wel door de Europese Commissie als een DAEB gekwalificeerd, omdat de dienst in het betreffende gebied onvoldoende door de markt werd aangeboden (het ging hier wel uitsluitend om de aanleg van het netwerk, niet om de levering van breedbanddiensten aan eindgebruikers).⁶²

Hier wordt bij de benadering van de Commissie aangesloten dat DAEB worden verricht onder bepaalde ODV, waaronder UDV.⁶³ Dit is een manier om de betrokken begrippen op heldere wijze uit elkaar te houden.

De doelen die worden bereikt met het opleggen van openbare en universele dienstverplichtingen zijn publieke belangen in de zin van dit onderzoek.⁶⁴ UDV zijn een deelgroep van de categorie ODV. ODV kunnen worden opgelegd aan leveranciers van DAEB en daarom aan ondernemingen in nutssectoren.

2.2.6 Slotsom

In de EG-regelgeving krijgt het begrip 'DAEB' een steeds nadrukkelijker plaats. In artikel 106, tweede lid, VWEU stond het begrip al langer genoemd als een mogelijke uitzondering van de toepassing van het mededingingsrecht. Deze uitzondering werd echter in het algemeen door het Hof restrictief toegepast. Inmiddels heeft het begrip ook een plaats gekregen binnen de grondbeginselen van het VWEU en zelfs in het Handvest. Hoewel dit geen harde en afdwingbare normen zijn, is geenszins uitgesloten dat (onder andere) deze codificatie aanleiding geeft tot een prominente(re) plaats voor DAEB in het EU-recht. Hieruit zou blijken dat het begrip DAEB niet langer slechts als een mogelijke uitzondering op de hoofdregel van het mededingingsrecht wordt beschouwd, maar een zelfstandiger karakter krijgt. Bovendien geeft het interpretatief protocol van artikel 16 VWEU weer dat de hoogste wetgevende macht in de EG van oordeel is dat ruime discretionaire bevoegdheid aan de lidstaten moet worden gelaten

⁶¹ Art. 9.1 lid 1 aanhef en onder a Tw (laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2008, 232) in navolging van artt. 3, 4 en 9 van de Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* L 108/55, Universeledienstrichtlijn).

⁶² Hancher & Evans 2006, p. 155 onder verwijzing naar beschikkingen van de Commissie 04/381/EG (*Pyrénées-Atlantique*) en 04/382/EG (*Limousin*).

⁶³ Zie mededeling COM/2007/725 def., p. 6.

⁶⁴ Zie ook de nota Publieke belangen en marktordening 2000, waar UDV als een publiek belang wordt aangemerkt. Zie paragraaf 3.5.4.

bij het organiseren van DAEB en dat ruimte is voor culturele verschillen. Ook de in de inleiding van dit hoofdstuk beschreven tendens richting een meer 'sociaal Europa' kan een aanleiding vormen voor een prominenter plaats van DAEB in de EG.

Uit het voorgaande is gebleken dat diensten verricht in nutssectoren tot de DAEB kunnen worden en doorgaans ook worden gerekend. Wat in de categorie DAEB thuishoort, is niet gedefinieerd in regelgeving of voorbereidende documenten, ligt niet vast en kan bovendien per lidstaat verschillen. Uiteindelijk is het de lidstaat die bepaalt welke diensten of goederen tot de DAEB moeten worden gerekend. De inhoud van dit begrip ligt derhalve niet op EG-niveau vast. Er is ruimte om te differentiëren per lidstaat al naar gelang de culturele verschillen en historische achtergrond van een samenleving.

Het Hof toetst de buitengrenzen van dit begrip. Om iets als een DAEB te kunnen kwalificeren moet het gaan om een algemeen of openbaar belang. Dit betekent niet dat het per se een exclusief of bijzonder recht in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU moet betreffen. Omdat diensten die verricht worden en goederen die geleverd worden in nutssectoren onder omstandigheden tot de DAEB kunnen worden gerekend, heeft de EG-regelgeving die daarop ziet, grote invloed op de regulering van deze sectoren in de verschillende lidstaten. Van dit regime kan, vooruitlopend op hetgeen hierna zal worden besproken, worden gezegd dat zij meer ruimte biedt voor regulering door de lidstaten dan in het geval van 'gewone' diensten.

Het gemeenschappelijk kenmerk van DAEB lijkt te zijn dat de betrokken diensten vanwege specifieke kenmerken van de dienstverlening niet op een wijze die in het algemeen (of publiek) belang is, tegen commercieel aanvaardbare voorwaarden kunnen worden verleend. Een onderneming zou zonder extra prikkels de betrokken diensten niet op de gewenste wijze leveren. Daarom is er reden voor de overheid om terzake van deze diensten ODV op te leggen, die eventueel gepaard gaan met een bepaalde vorm van compensatie of een exclusief recht. Deze ODV kunnen verschillende verplichtingen inhouden. UDV vormen een deelverzameling van ODV, die erop gericht is dat een dienst op het grondgebied van een lidstaat tegen vergelijkbare en redelijke prijzen voor een ieder toegankelijk is.

Voor de nationale wetgever hebben deze begrippen de volgende consequenties. Ten eerste is de lidstaat zelf bevoegd diensten als DAEB te kwalificeren. Dit betekent dat de wetgever hierin een keuze kan maken behoudens de door het Hof gestelde buitengrenzen. Als een goed of dienst is te kwalificeren als een DANEB, betekent dit dat (onder andere) het mededingingsrecht hierop niet van toepassing is. Dit komt in beginsel niet voor in Nederlandse nutssectoren en daarom wordt hierop verder niet ingegaan. Als een goed of dienst kan worden gekwalificeerd als een DAEB betekent dit dat een uitzondering op het regime van het mededingingsrecht mogelijk is.⁶⁵ Als het begrip ODV wordt gehanteerd, betekent dit dat het gaat om verplichtingen die terzake van een DAEB van staatswege aan een onderneming worden opgelegd. Dit begrip wordt gehanteerd in de jurisprudentie over staatssteun. Als ODV goed en helder zijn afgebakend, is (onder voorwaarden) een uitzondering op het staatssteunverbod mogelijk.⁶⁶

UDV ziet op het garanderen van een goed of dienst voor allen op het grondgebied van een lidstaat tegen redelijke en aanvaardbare prijzen. UDV gelden op grond van EG-regelgeving. In dit geval wordt over de borging van het sociale publieke belang en daarmee over de inhoud van DAEB derhalve op EG-niveau beslist. Deze regelgeving geeft dan de ondergrens aan voor de nationale wetgever. Het UDV-concept beperkt de nationale wetgever

⁶⁵ Zie paragraaf 2.4.

⁶⁶ Zie paragraaf 2.5.

bij het vaststellen van sociale publieke belangen. Dit wordt immers reeds op EG-niveau gedaan.

Voor de regulering van diensten in nutssectoren, die tot de DAEB kunnen worden gerekend, is gekozen voor de tweede variant van de in de inleiding geïntroduceerde driedeling inzake het verenigen van publieke belangen en de markt: het mededingingsrecht is van toepassing maar hierop kan een uitzondering worden gemaakt door de lidstaat.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat de grens tussen DAB en DAEB zou moeten worden bepaald aan de hand van het begrip onderneming. De grens tussen DAEB en 'gewone' diensten anderzijds is op voorhand niet eenvoudig te trekken omdat de vaststelling van DAEB aan de lidstaten toekomt. Hoewel de lidstaten hierbij discretionaire bevoegdheid hebben, is deze niet ongelimiteerd. Van geval tot geval zal moeten worden bezien of sprake is van DAEB. Van de basisdiensten die worden verricht in nutssectoren is op grond van de jurisprudentie van het Hof inmiddels duidelijk dat zij tot de DAEB kunnen worden gerekend.

2.3 Betekenis vrij verkeer

2.3.1 Inleiding

De vier vrijheden opgenomen in het VWEU - de vrijheid van verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal - vormen een belangrijk deel van het EU-recht. De hoeksteen van de vrij verkeerregels is non-discriminatie op grond van nationaliteit. Het doel van deze regels is het tot stand brengen van een Europese gemeenschappelijke markt. Hierbij is van belang dat grensoverschrijding van goederen, diensten, personen en kapitaal tussen lidstaten zonder (te veel) belemmeringen kan plaatsvinden. Er zijn uitzonderingen op de regel mogelijk als zwaarwegende nationale belangen een rol spelen.

In deze paragraaf wordt onderzocht welke betekenis het concept van het vrije verkeer heeft voor de regulering van nutssectoren door de lidstaten, in het bijzonder voor de vrijheid van de nationale wetgever om eigen keuzes te maken. Waar moet de nationale wetgever rekening mee houden en in hoeverre is hij beperkt in zijn vrijheid om zelf keuzes te maken terzake van de regulering van deze sectoren?

Hierna worden de drie vrijheden behandeld die in het bijzonder relevant zijn voor het reguleren van nutssectoren. Eerst komt het vrij verkeer van diensten aan de orde (2.3.2). Hierbij wordt meteen de vrijheid van vestiging behandeld, een leerstuk dat dicht tegen het vrije verkeer van diensten aan ligt, omdat een dienstverrichter zich onder omstandigheden vestigt in een andere lidstaat. In nutssectoren worden DAEB geleverd. Zoals wij hiervoor al zagen, kan het leveren van DAEB ook de levering van goederen inhouden.⁶⁷ Soms zijn dan de regels betreffende vrij verkeer van diensten van toepassing omdat het leveren van goederen als *ancillary* (louter ondersteunend) wordt gezien en soms vice versa. Daarom wordt vervolgens ingegaan op het vrij verkeer van goederen (2.3.3). Daarna wordt ingegaan op het vrij verkeer van kapitaal, omdat het in het bijzonder in nutssectoren voorkomt dat een of meerdere overheden eigenaar zijn van een nutsonderneming en bovendien wettelijke beperkingen kunnen zijn gesteld aan het overdragen van dit kapitaal (2.3.4). Ten slotte wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de vrijheid van de nationale wetgever wordt beperkt door de vrij verkeerregels voor zover het gaat om het reguleren van nutssectoren (2.3.5).

Vanwege het algemeen belang dat gemoeid is met nutssectoren wordt bij alle drie vrijheden ingegaan op de mogelijke uitzonderingen die te maken hebben met het algemeen belang. Omdat het vrij verkeer van personen geen directe relatie heeft met de vrijheid van de wetgever om nutssectoren te reguleren wordt dit buiten beschouwing gelaten.

2.3.2 Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging

2.3.2.1 Inleiding

Het vrij verkeer van diensten is van groot economisch belang binnen de EG. Het aandeel van diensten in de EG maakt tweederde deel uit van het totale Europese Bruto Binnenlands Product. Uit onderzoek blijkt dat een volledig vrije Europese dienstenmarkt zou leiden tot een loonstijging van veertiende procent, een daling van de prijs van diensten met zeven procent en dat 600.000 nieuwe banen in de EG zouden worden gecreëerd.⁶⁸

⁶⁷ Zie paragraaf 2.2.

⁶⁸ Barnard 2008, p. 326.

In deze paragraaf wordt kort ingegaan op het vrije verkeer van diensten en de algemeen belang excepties. Vervolgens komt de vrijheid van vestiging aan de orde. Daarna wordt ingegaan op de zogenaamde Dienstenrichtlijn die zowel ziet op diensten als op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters.

2.3.2.2 *Toepasselijkheid regels vrij verkeer van diensten*

De regels van het vrij verkeer van diensten zijn niet zonder meer van toepassing in nutssectoren. Eerst moet worden gezien of al harmonisatie heeft plaatsgevonden en zo ja, in hoeverre. Als geen harmonisatie heeft plaatsgevonden, zijn de verdragsregels betreffende het vrije dienstenverkeer rechtstreeks van toepassing. Als wel harmonisatie heeft plaatsgevonden, hangt dit af van de uitputtendheid waarmee is geharmoniseerd. Zoals eerder aan de orde is gekomen, heeft in een groot aantal maar niet alle nutssectoren een zekere mate van harmonisatie plaatsgevonden. Daarom is het van belang om de principes van het vrij verkeer van diensten eerst uiteen te zetten. Later in dit onderzoek (deel II) komen de sectorspecifieke harmonisatierichtlijnen aan de orde. In deze subparagraaf (2.3.2) wordt verder uitgegaan van de situatie waarin geen sprake is van harmonisatie.

Zoals in de inleiding opgemerkt, zijn de vrij verkeerregels alleen van toepassing op grensoverschrijdende situaties. Toch houdt dit uitgangspunt beperkingen in voor lidstaten om een bepaalde sector te reguleren, ook waar de regulering ziet op de interne situatie. Onder omstandigheden moet een lidstaat een dienst of een dienstverrichter uit een andere lidstaat toelaten. Dit heeft niet uitsluitend gevolgen voor de regulering van grensoverschrijdende diensten, maar ook voor de regulering van de sector als geheel. De nationale wetgever zal er doorgaans niet voor kiezen om nationale dienstenleveranciers aan zwaardere belemmeringen te onderwerpen dan wanneer sprake is van grensoverschrijding. Dit zou de nationale dienstenleveranciers immers een concurrentienadeel opleveren. Van de EG-regels die zien op grensoverschrijding gaat derhalve een prikkel uit om de gehele sector te liberaliseren.

2.3.2.3 *Verbod beperking vrij verkeer van diensten*

In de artikelen 56 en 57 VWEU is het beginsel van het vrij verkeer van diensten neergelegd. Hoewel de tekst van de artikelen rechten geeft aan verleners van diensten kunnen tevens de ontvangers ervan deze artikelen inroepen.⁶⁹

Uiteenlopende activiteiten kunnen onder het begrip 'dienst' worden gebracht.⁷⁰ DAEB zijn voor zover zij het verrichten van diensten inhouden een categorie van het begrip diensten en zodoende kunnen de vrij verkeer regels in beginsel op DAEB van toepassing zijn en daarmee op diensten verricht in nutssectoren.

Daarnaast zijn nog twee eisen waaraan moet worden voldaan voordat de betrokken verdragsbepalingen van toepassing zijn. Ten eerste moet de dienst normaal gesproken tegen vergoeding plaatsvinden. Hierbij is niet vereist dat de ontvanger ook de betaler van de dienst is.⁷¹ De diensten die worden verricht in nutssectoren voldoen doorgaans in deze zin aan de kwalificatie dienst in de zin van het VWEU. Ten tweede moet sprake zijn van een tijdelijk karakter van de betrokken dienst. Als geen sprake meer is van een tijdelijk karakter, valt de be-

⁶⁹ Barnard 2007, p. 357 onder verwijzing naar HvJ EU 31 januari 1984, gevoegde zaken nr. 286/82 en nr. 26/83, *Jur.* 1984, p. 377, par. 10 (*Luisi and Carbone*).

⁷⁰ Zie Barnard 2007, p. 358-360 voor de verschillende activiteiten en bijbehorende jurisprudentie.

⁷¹ HvJ EU 26 april 1988, nr. C-352/85, *Jur.* 1988, p. 2085, par. 16 (*Bond van adverteerders*).

trokken activiteit onder het recht op vestiging en niet onder het vrij verkeer van diensten. De rechter bepaalt op casuïstische basis of een dienst een tijdelijk of een permanent karakter heeft.

De regels van het vrij verkeer van diensten houden een verbodstelsel in. Het vrij verrichten van diensten mag niet worden beperkt. Dit houdt een beperking in van de vrijheid van een lidstaat om een sector te reguleren zoals het haar goed dunk. Op dit discriminatieverbod zijn uitzonderingen mogelijk in verband met een rechtvaardiging op grond van het algemeen belang. Dit zijn de zogenaamde 'algemeen belangexcepties'.

Het is duidelijk sinds de toepassing van de vrij verkeerregels dat discriminatie (al dan niet direct) op grond van nationaliteit hierbij niet is toegestaan.⁷² Ook maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, kunnen echter onverenigbaar zijn met het verbod. Volgens het Hof moet een persoon die zich in een andere lidstaat wil vestigen of daar diensten wil verlenen, in beginsel toegang krijgen tot de markt. Hiermee past het Hof een markttoegangs criterium toe.⁷³ Als sprake is van een maatregel die deze markttoegang belemmert, kan deze eventueel worden gerechtvaardigd door een algemeen belangexceptie.

2.3.2.4 Dwingende redenen van algemeen belang

Zowel op grond van het VWEU als op grond van de jurisprudentie van het Hof gelden dwingende redenen van algemeen belang. In het verdrag worden openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid als excepties genoemd.⁷⁴ Daarnaast heeft het Hof een test ontwikkeld om een uitzondering op het verbodstelsel te rechtvaardigen die ook geldt voor vrijheid van verkeer van werknemers en vrijheid van vestiging. Deze test is vergelijkbaar met de door het Hof ontwikkelde '*rule of reason*' op het terrein van het vrij verkeer van goederen.⁷⁵

De test, door het Hof voor het eerst vastgelegd in het arrest *Van Binsbergen*, bestaat uit verschillende onderdelen.⁷⁶ Ten eerste moet sprake zijn van een legitiem algemeen belang dat niet in strijd is met EG-doelen. Ten tweede moet de beperking op eenzelfde wijze van toepassing zijn op personen binnen de lidstaat en mag deze niet discriminerend zijn. Ten derde moet de beperking die is opgelegd aan de dienstverlener proportioneel zijn. Hierbij wordt bekeken of de beperking geschikt en in staat is om het legitieme doel te bereiken en of er geen andere, minder restrictieve manier is om het te bereiken. Aan dit evenredigheidsbeginsel wordt door het Hof veel waarde gehecht.⁷⁷ Over deze proportionaliteitstest van het Hof hierna meer.⁷⁸

Als sectorspecifieke uitputtende harmonisatie tot stand is gekomen, kan geen beroep meer worden gedaan op de algemeen belangexcepties. Om harmonisatie tot stand te brengen in de regulering van diensten in de verschillende lidstaten is de Dienstenrichtlijn tot stand gebracht. Deze zal hierna worden besproken.⁷⁹

Als de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is (zoals voor een aantal nutssectoren geldt), kan de vraag rijzen in hoeverre bijvoorbeeld is gerechtvaardigd in hoeverre het vere-

⁷² Belhadj, Evans & Van der Gronden 2007, p. 141.

⁷³ Belhadj, Evans & Van der Gronden 2007, p. 141.

⁷⁴ Art. 55 jº 46 VWEU.

⁷⁵ Craig & De Búrca 2008, p. 826.

⁷⁶ HvJ EU 3 december 1974, nr. 33/74, *Jur.* 1974, p. 1299, par. 11 e.v. (*Van Binsbergen*).

⁷⁷ Belhadj, Evans & Van der Gronden 2007, p. 142.

⁷⁸ Zie paragraaf 2.7.

⁷⁹ Zie paragraaf 2.3.2.6.

nigbaar is met het vrij verkeer van diensten dat een lidstaat voor het leveren van een bepaalde dienst slechts enkele of één vergunning- of concessiehouder aanwijst.

Uit recente rechtspraak van het Hof over het toekennen van een vergunning aan één onderneming die kansspelen mag organiseren, volgt dat een dergelijk systeem een belemmering van het vrij verkeer inhoudt. Als sprake is van een dwingende reden van algemeen belang en de maatregel in dat licht proportioneel is, kan deze belemmering gerechtvaardigd zijn.⁸⁰

Uit het vrij verkeer van diensten volgt dat, ook als het aanbestedingsrecht niet van toepassing op bepaalde diensten, wel de fundamentele regels van het VWEU moeten worden geëerbiedigd.⁸¹ Dit heeft tot gevolg dat een transparantieplichting geldt op het moment dat een concessie wordt verleend en een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan waar de concessie wordt verleend, hierin geïnteresseerd zou kunnen zijn.⁸² Deze transparantieplichting houdt in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet garanderen, zodat de openbardienstconcessie voor mededinging openstaat en de gunningsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.⁸³ Dit geldt niet alleen voor de verlening van concessies maar ook voor een éénvergunningstelsel.⁸⁴

In het algemeen is een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen een belemmering van het vrij verkeer. Een dergelijk stelsel is daarom slechts gerechtvaardigd als het is gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, waardoor een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten opdat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt.⁸⁵ Bovendien moet elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel die op een dergelijke derogatie is gebaseerd, een beroep in rechte kunnen instellen.⁸⁶

2.3.2.5 *Vrijheid van vestiging*

Een dienstverrichter kan, als geen sprake is van een tijdelijk maar van een permanent karakter, aanspraak maken op de vrijheid van vestiging.⁸⁷ De vrijheid van vestiging kent evenals het vrij verkeer van diensten een verbodsstelsel. Het is verboden om het recht op vestiging van een persoon uit een andere lidstaat te beperken en er mag geen discriminatie plaatsvinden op grond van nationaliteit, aldus artikel 43 VWEU. Maar in de toepassing van dit artikel wordt aan de vrijheid van vestiging een ruimere betekenis toegekend. Zo kan een burger onder omstandigheden artikel 43 VWEU inroepen tegen zijn eigen lidstaat en verbiedt dit artikel niet slechts ongelijke behandeling maar ook onnodige belemmeringen van de vrijheid van vestiging.⁸⁸ Deze vrijheid omvat het opzetten van een onderneming of een dochteronderneming of -filiaal.

⁸⁰ HvJEU 3 juni 2010, nr. C-203/8, n.n.g. (*Betfair*).

⁸¹ HvJEU 7 december 2000, nr. C-324/98 ((*Telaustria en Telefonadress*), *Jur.* 1998, p. I-10475).

⁸² HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-231/03, *Jur.* 2005, p. I-7287 (*Coname*).

⁸³ HvJ EU 13 november 2008, nr. C-324/07, *Jur.* 2008, p. I-8457 (*Coditel Brabant*).

⁸⁴ HvJEU 3 juni 2010, nr. C-203/8, n.n.g. (*Betfair*).

⁸⁵ HvJEU 17 juli 2008, nr. C-389/05, *Jur.* 2008, p. I- 5397 (*Commissie v. Frankrijk*).

⁸⁶ HvJEU 20 februari 2001, nr. C-205/99, *Jur.* 2001, p. I-1271 (*Alanir e.a.*).

⁸⁷ Zie paragraaf 2.3.2.3.

⁸⁸ Craig & De Búrca 2008, p. 797.

2.3.2.6 *Dienstenrichtlijn*

a. *Inleiding*

Met de Dienstenrichtlijn⁸⁹ wordt beoogd de belemmeringen die er nog zijn ten aanzien van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging voor dienstverrichters voor zover mogelijk weg te nemen.⁹⁰

Hoewel de vrijheid van diensten al langere tijd een van de kernonderdelen van het VWEU is, was tot dusver sprake van een gefragmenteerde effectieve toepassing. Men zou met Griller kunnen spreken van een tweeledige strategie. Het eerste deel van deze strategie hield in dat voor veel sectoren harmoniserende richtlijnen tot stand kwamen om te liberaliseren en te reguleren. Het tweede deel was de toepassing van de vrijheid van diensten, artikel 56 VWEU, door het Hof. Deze jurisprudentie wordt gekenmerkt door vage criteria, waardoor rechtszekerheid vaak pas kan worden verkregen na langdurig procederen.⁹¹ De Dienstenrichtlijn is gebaseerd op de aanname dat deze tweeledige strategie, zeker met de toetreding van de nieuwe lidstaten, een inefficiënte benadering is.⁹²

Het oorspronkelijke voorstel van de Dienstenrichtlijn, zoals geïntroduceerd door Bolkestein, is hevig bekritiseerd en kreeg de naam 'Frankensteinrichtlijn'. De richtlijn, zoals uiteindelijk aangenomen, is door het Europees parlement van de belangrijkste angel, het zogenaamde land van oorsprongbeginsel, ontdaan. Bovendien zijn veel sectoren, in het bijzonder veel nutssectoren, van bepaalde delen of van de gehele richtlijn uitgezonderd.

b. *Inhoud Dienstenrichtlijn*

Een belangrijk deel van de Dienstenrichtlijn ziet op de administratieve vereenvoudiging en samenwerking op het terrein van het wegnemen van belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging.⁹³ Zo bepaalt de richtlijn dat in elke lidstaat sprake moet zijn van één loket. Dit houdt in dat wanneer een dienstverrichter een grens overschrijdt, hij in de gastheer-lidstaat terecht moet kunnen bij één loket voor alle benodigde vergunningen en procedures.⁹⁴ Verder moeten lidstaten hun eigen wetgeving onder de loep leggen om na te gaan of al het papierwerk noodzakelijk is, en zo niet, het weg te nemen of tenminste te verminderen.⁹⁵

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de Dienstenrichtlijn slechts op grensoverschrijdende diensten ziet (dienst, dienstverlener of dienstontvanger overschrijdt een grens) of ook op diensten waarvoor geen lidstatelijke grenzen worden overschreden en derhalve louter een interne aangelegenheid betreffen. Het Hof heeft vastgesteld dat het grensoverschrijdend karakter tot één van de kenmerken van het begrip 'dienst' in artikel 50 VWEU moet worden gerekend. Een zuiver interne aangelegenheid valt derhalve niet onder de toepassing van het vrij verkeer van diensten. Aangezien de Dienstenrichtlijn is gebaseerd op artikel 49 en 56 VWEU kan de vraag gesteld worden of een zuiver interne aangelegenheid daar-

⁸⁹ Richtlijn 2006/123/EC (*OJ* 2006, L 376/36, Dienstenrichtlijn). De implementatie van de richtlijn moet voor 28 december 2009 gereed zijn.

⁹⁰ Randnummer 2 Dienstenrichtlijn.

⁹¹ Zie de test in paragraaf 2.4.2.4.

⁹² Griller 2008, p. 379-423 en De Witte 2007, p. 5-6.

⁹³ Artt. 5-8 Dienstenrichtlijn.

⁹⁴ Art. 6 Dienstenrichtlijn.

⁹⁵ Art. 5 Dienstenrichtlijn.

om onder de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn kan worden gebracht.⁹⁶ Anders gezegd: is de richtlijn van toepassing op alle diensten of alleen op grensoverschrijdende diensten? In de literatuur bestaat hierover geen eenduidige opvatting. De algemene formulering in de richtlijn zou kunnen wijzen op een algemene toepassing. De grondslag voor de richtlijn en het grensoverschrijdende karakter dat deel uitmaakt van het begrip 'dienst' in de zin van artikel 57 VWEU zou echter kunnen wijzen op de toepasselijkheid in grensoverschrijdende gevallen.⁹⁷ Wel is men het erover eens dat, zelfs in het geval dat zou worden aangenomen dat zuiver interne aangelegenheden buiten het bereik van de richtlijn zouden vallen, het niet in redelijkheid te verwachten is dat lidstaten de 'eigen' dienstverrichters nadeliger zullen behandelen dan de buitenlandse dienstverrichters waarvoor de bepalingen van de richtlijn gelden.⁹⁸ Uiteindelijk komt het er hoe dan ook op neer dat de richtlijn zich volgens de auteurs uitstrekt tot alle diensten. Onder het begrip 'dienst' valt overigens ook de distributie van goederen.⁹⁹ Op de goederen zelf blijft echter het vrij verkeer van goederen van toepassing.¹⁰⁰

Voor het vrij verkeer van diensten bevat de richtlijn een systeem dat sterk is gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof inzake het vrij verkeer van diensten. Wel is een aantal details aangebracht die niet altijd in de pas lopen met de jurisprudentie. Vanwege de beperkte toepasselijkheid van dit systeem op nutssectoren, zoals hierna zal worden besproken, zal hier niet uitgebreid op in worden gegaan.¹⁰¹ Verder zijn regels met betrekking tot de vrijheid van vestiging vastgelegd in de richtlijn. Dit komt neer op het vastleggen van de geldende jurisprudentie.¹⁰²

c. *Toepasselijkheid op nutssectoren*

De vraag naar toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn op nutssectoren kan niet voor de groep nutssectoren als geheel met een eenvoudig ja of nee worden beantwoord. Zoals hierna zal blijken, zijn bepaalde nutssectoren van de toepassing van de richtlijn uitgezonderd, terwijl andere nutssectoren gedeeltelijk onder de toepassing ervan zijn gebracht. De Dienstenrichtlijn bepaalt niet uitdrukkelijk op welke gebieden hij van toepassing is, maar bepaalt juist dat hij op bepaalde terreinen, al dan niet gedeeltelijk, niet van toepassing is.

Van de toepassing van de richtlijn worden ten eerste DANEB uitgezonderd.¹⁰³ Dit zijn, zoals hiervoor al beschreven (2.2) onder andere staatsprerogatieven, zoals politie en justitie. Ten tweede wordt een aantal specifieke terreinen van de toepassing van de richtlijn uitgezonderd, zoals transportdiensten, gezondheidsdiensten, audiovisuele diensten en sociale diensten op het terrein van sociale woningbouw, kinderopvang en ondersteuning van families en personen.¹⁰⁴

⁹⁶ HvJ EU 19 maart 1992, nr. C-60/91, *Jur.* 1992, p. I-2085, par. 7 (*Batista Morais*).

⁹⁷ Davies 2007, p. 241-243.

⁹⁸ Zie hierover genuanceerd: Davies 2007, p. 241-243 en Duijkersloot & Widdershoven 2007, p. 192-193. Hessel stelt zich op het standpunt dat de richtlijn niet geldt voor zuiver interne aangelegenheden, maar dat vrijwillige harmonisatie zal volgen: Hessel 2007a, p. 207 en 214. Steyger is van oordeel dat de richtlijn zich wel uitstrekt tot alle dienstverrichters (en niet alleen zij die grenzen overschrijden): Steyger 2008, p. 4.

⁹⁹ Nr. 33 preambule Dienstenrichtlijn.

¹⁰⁰ Nr. 76 preambule Dienstenrichtlijn.

¹⁰¹ Zie voor een uitgebreide bespreking: Barnard 2008, p. 359-376.

¹⁰² Davies 2007, p. 234.

¹⁰³ Definitie zoals eerder in dit hoofdstuk gehanteerd (2.2.4). De richtlijn gebruikt de term: niet economische diensten van algemeen belang. Art. 2 lid 1 sub a Dienstenrichtlijn.

¹⁰⁴ Art. 2 lid 2 sub d, f, g en j Dienstenrichtlijn.

Verder wordt benadrukt dat de richtlijn zich niet bezighoudt met de liberalisering van DAEB. Daarnaast blijft het de vrijheid van de lidstaten om, in overeenstemming met gemeenschapsrecht, te bepalen welke diensten DAEB zijn, hoe deze moeten worden georganiseerd in overeenstemming met de staatssteunregels en welke specifieke voorwaarden hiervoor zouden moeten gelden.¹⁰⁵

Vervolgens worden de DAEB uitgezonderd van de toepassing van artikel 16 van de richtlijn die ziet op het verbieden van een beperking op de vrijheid van diensten. Die bepaling is niet van toepassing op DAEB die in een andere lidstaat worden verzorgd, onder andere: post, gas en elektriciteit, transport en levering van water en afvalwaterdiensten en de behandeling van afval.¹⁰⁶

Er wordt in de literatuur wel betoogd dat sectoren als gas, elektriciteit en drinkwater niet onder de toepassing van de Dienstenrichtlijn zouden vallen, omdat het in wezen gaat om levering van goederen en niet om diensten.¹⁰⁷ Dit staat op gespannen voet met de uitdrukkelijke uitzondering van deze sectoren van de richtlijn. Waarom immers deze sectoren uitzonderen van een gedeelte van de richtlijn als deze überhaupt niet van toepassing is? Als inderdaad sprake zou zijn van goederen en niet van diensten, zouden ook de bepalingen betreffende administratieve vereenvoudiging en het creëren van één loket niet van toepassing zijn op deze sectoren voor zover sprake is van levering van goederen (tenzij sprake is van een permanent karakter en zodoende van vrijheid van vestiging).

Voorts wordt in de literatuur het standpunt ingenomen dat de distributie van goederen wel degelijk een dienst inhoudt in de zin van de Dienstenrichtlijn.¹⁰⁸ Ook dit andere uiterste laat zich moeilijk denken. Immers in dat geval kan een conflict ontstaan met de regels inzake het vrij verkeer van goederen op het moment dat een goed een lidstaatgrens overschrijdt.

Het is onmiskenbaar dat op een onderneming verschillende regimes van toepassing kunnen zijn als de betrokken ondernemingen zowel diensten verleent, als goederen levert, hetgeen zeer goed denkbaar is. Duidelijk wordt dan dat een afbakeningsprobleem bestaat met het oog op goederen en diensten en het daarop toepasselijke regime. Het Hof heeft hierover bepaald dat wanneer goederen slechts supplementair zijn aan het leveren van diensten de regels inzake het vrij verkeer van diensten van toepassing zijn.¹⁰⁹

Het begrip dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn is hetzelfde als het begrip dienst in de zin van artikel 57 VWEU.¹¹⁰ Goederen moeten hiervan worden onderscheiden.¹¹¹ Nu echter de term DAEB in de richtlijn wordt genoemd in relatie tot de betrokken sectoren, zou naar mijn mening ook de levering van goederen als bijvoorbeeld gas en elektriciteit hieronder kunnen worden begrepen.¹¹²

Op grond van de stelling dat de Dienstenrichtlijn niet op de levering van goederen zou zien, zou een scheiding kunnen worden aangebracht tussen het transport van bijvoorbeeld elektriciteit en de levering ervan. Het probleem is dat dit een sterk kunstmatige scheiding zou inhouden: met het transport is de levering geschied, zodra men de stekker in het stopcontact steekt. Het laat zich

¹⁰⁵ Art. 1 lid 2 en 3 Dienstenrichtlijn.

¹⁰⁶ Art. 17 lid 1 Dienstenrichtlijn.

¹⁰⁷ Barnard 2008, p. 335.

¹⁰⁸ Hessel 2007b, p. 115.

¹⁰⁹ HvJ EU 24 maart 1994, nr. C-275/92, *Jur.* 1994, p. I-1039, par. 21-24 (*Schindler*).

¹¹⁰ Art. 4 lid 1 Dienstenrichtlijn.

¹¹¹ Nr. 76 preambule Dienstenrichtlijn.

¹¹² Hier wordt niet nader ingegaan op deze materie nu de toepassing ervan voor de nutssectoren beperkt lijkt te zijn, omdat deze sectoren als geheel onderworpen zijn aan secundaire EG-regelgeving.

daarom moeilijk denken dat op de dienst (transport) en de levering van het goed elektriciteit verschillende regelcomplexen van toepassing zouden zijn.

Uiteindelijk is het relevant of het betrokken goed of de betrokken dienst te kwalificeren is als een DAEB. Als dat eenmaal het geval is, komt het de helderheid ten goede als voor een DAEB in beginsel één regelcomplex geldt. Een DAEB kan volgens de jurisprudentie van het Hof tevens de levering van een goed inhouden.¹¹³ Hierna zal daarom structureel over diensten en over DAEB worden gesproken, waaronder tevens de levering en distributie van goederen kan worden begrepen. Hierna volgt een schematisch overzicht van de hiervoor besproken begrippen.

Schema 2.1 Toepasselijkheid Dienstenrichtlijn op nutssectoren

Toepassing	Welke diensten	Consequenties
I. Uitgezonderd van de gehele Dienstenrichtlijn	DANEB	Uitgezonderd van belangrijkste regels VWEU, want niet-economisch.
II. Uitgezonderd van de gehele Dienstenrichtlijn	Transportdiensten, gezondheidsdiensten, audiovisuele diensten en sociale diensten op het terrein van sociale woningbouw, kinderopvang en ondersteuning van families en personen	Gewone regels vrij verkeer van toepassing tenzij en voor zover sprake van uitputtende harmonisatie.
III. Uitgezonderd van artikel 16 van de Dienstenrichtlijn (regels m.b.t. vrijheid van diensten)	(overige) DAEB, zoals: drinkwatervoorziening, energielevering, kabel.	Dienstenrichtlijn behalve artikel 16 wel van toepassing: dus artikelen met betrekking tot administratieve vereenvoudiging en één loket en ook regels m.b.t. vrijheid van vestiging.
IV. Onder de toepassing van de Dienstenrichtlijn	Overige diensten behalve DANEB en DAEB.	Volledige toepassing richtlijn: artikel 16: dienstenbepaling, administratieve vereenvoudiging, één loket en ook regels m.b.t. vrijheid van vestiging.

2.3.2.7 Slotsom

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat het vrij verkeer van diensten en de Dienstenrichtlijn in beperkte mate invloed hebben op de vrijheid van de wetgever bij het reguleren van nutssectoren. De diensten geleverd in nutssectoren vallen slechts voor een deel onder de toepassing van de richtlijn. Daarnaast kan onder omstandigheden een algemeen belang exceptie worden aanvaard onder de regels van het vrij verkeer van diensten en van vestiging. Het hangt af van de vraag of het algemene belang wordt aanvaard en hoe de mate van ingrijpendheid door het Hof wordt beoordeeld.

¹¹³ Zie hierover in paragraaf 2.2.3.

2.3.3 Vrij verkeer van goederen

2.3.3.1 Inleiding

Ook het vrij verkeer van goederen speelt een rol bij de regulering van nutssectoren. Diensten geleverd in nutssectoren, die binnen de reikwijdte van het begrip DAEB vallen, zijn diensten in de zin van het VWEU. Desondanks wordt in de jurisprudentie van het Hof onder dit begrip ook onder omstandigheden het leveren van goederen verstaan, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam.¹¹⁴ Ook het begrip 'goed' is niet gedefinieerd in het VWEU. Uit de jurisprudentie vloeit voort dat onder goederen moeten worden begrepen 'de waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen'.¹¹⁵ Ook van elektriciteit is vastgesteld dat het een goed betreft.¹¹⁶ Hetzelfde kan worden geconcludeerd voor drinkwater en gas. Openbaar vervoer en telecommunicatiediensten zijn diensten in de zin van het VWEU en vallen derhalve niet rechtstreeks onder de toepassing van het vrij verkeer van goederen.

Hierbij wordt in herinnering gebracht dat wanneer goederen slechts supplementair zijn aan het leveren van diensten, de regels inzake het vrij verkeer van diensten van toepassing zijn. Zo heeft het Hof bepaald dat het organiseren van loterijen niet onder het vrij verkeer van goederen maar onder het vrij verkeer van diensten moest worden gebracht, zelfs als dit het grensoverschrijdend verspreiden van materiële voorwerpen (nl. de loten, reclamefolders etc.) inhoudt. Het Hof redeneert dat deze verspreiding niet los kan worden gezien van de loterijactiviteit; de invoer en verspreiding van de loten en folders dient geen doel op zich, maar dient enkel om deel te kunnen nemen aan de loterij.¹¹⁷ Hierbij rijst de vraag of een dergelijk geval zich ook kan voordoen in nutssectoren. Kan men redeneren dat bij het leveren van drinkwater het goed slechts supplementair is aan de dienst? Ik zou menen van niet. Zowel bij de levering van drinkwater, gas en elektriciteit lijkt mij de levering van het goed centraal staan. Bij het leveren van diensten via een communicatienetwerk, zoals de kabel, kan wel worden geredeneerd dat meegeleverde goederen, zoals een modem, supplementair zijn aan de dienst. Voorts kan men bij openbaar vervoer redeneren dat vervoersbewijzen supplementair zijn aan het leveren van openbaarvervoersdiensten.

Het Hof heeft daarnaast bepaald dat het feit dat een bepaald goed van groot belang is voor het bestaan of de economie van een lidstaat, niet leidt tot een uitzondering op het fundamentele beginsel dat het verboden is handelsbelemmeringen op te werpen.¹¹⁸ Verder stelt de het Hof dat artikel 106, tweede lid, VWEU (waarover meer in 2.4) een lidstaat niet bevrijdt van het verbod om ten gunste van die onderneming en ter bescherming van haar activiteiten maatregelen te nemen die in strijd met artikel 28 VWEU de invoer uit andere lidstaten belemmeren.¹¹⁹

De regels inzake het vrije verkeer van goederen houden een verbodsstelsel in, net als bij de andere vrijheden. Deze regels zijn terug te vinden in de artikelen 28 tot en met 37 VWEU. Ze beogen handelsbelemmeringen te voorkomen met als doel een gemeenschappelijke markt te creëren door het instellen van een douane-unie. In deze douane-unie is het lidstaten

¹¹⁴ Zie paragraaf 2.2.

¹¹⁵ HvJ EU 10 december 1968, nr. 7/68, *Jur.* 1968, p. 590, par. 1 (*Commissie/Italiaanse Republiek*).

¹¹⁶ HvJ EU 27 april 1994, nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477, par. 28 (*Almelo*).

¹¹⁷ HvJ EU 24 maart 1994, nr. C-275/92, *Jur.* 1994, p. I-1039, par. 21-24 (*Schindler*).

¹¹⁸ HvJ EU 10 juli 1984, nr. 72/83, *Jur.* 1984, p. 2727, par. 17 (*Campus Oil Ltd.*).

¹¹⁹ HvJ EU 10 juli 1984, nr. 72/83, *Jur.* 1984, p. 2727, par. 19 (*Campus Oil Ltd.*).

verboden in- en uitvoerrechten of heffingen van gelijke werking te eisen in het onderlinge verkeer tussen lidstaten. Daarnaast wordt een gemeenschappelijk douanetarief vastgesteld voor handel met landen buiten de EU. Deze problematiek wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.¹²⁰ Er wordt hier aandacht besteed aan de interne dimensie van het vrije verkeer van goederen.

In deze paragraaf wordt kort geschetst wat de regels inzake het vrij verkeer van goederen inhouden. Ook voor deze regels geldt dat in geval van harmonisatie de secundaire regelgeving voorgaat. Daar veel nutssectoren zijn of worden geharmoniseerd, wordt hier uitsluitend het onderliggende systeem geschetst. Daartoe wordt eerst ingegaan op in- en uitvoerrechten en heffingen van gelijke werking en op belastingheffing binnen de lidstaten (2.3.3.2). Vervolgens wordt ingegaan op kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen (2.3.3.3). Hierbij worden steeds de eventuele verbodsuitzonderingen besproken. In de slotsom wordt de vraag beantwoord in hoeverre het vrij verkeer van goederen een beperking vormt voor het reguleren van nutssectoren (2.3.3.4).

2.3.3.2 *In-en uitvoerrechten; interne belastingheffing*

In artikel 25 EG wordt bepaald dat invoerrechten zijn verboden. Invoerrechten zijn heffingen die men aan de grens moet betalen om goederen te importeren. Zij zijn verboden vanwege het protectionistische karakter ervan. Geïmporteerde goederen worden door het heffen van invoerrechten duurder dan producten die geproduceerd zijn in de lidstaat zelf. Daarnaast zijn ook maatregelen die een gelijke werking hebben verboden om te voorkomen dat lidstaten met een omweg hetzelfde protectionistische effect bereiken.

Een maatregel van gelijke werking is door het Hof als volgt gedefinieerd: 'Een eenzijdig opgelegde geldelijke last – ook al moge zij gering zijn – die wegens grensoverschrijding op nationale of buitenlandse goederen wordt gelegd en geen douanerecht is in eigenlijke zin levert, ongeacht benaming en structuur, een heffing van gelijke werking in de zin van de artikelen (...) van het verdrag op, zelfs wanneer deze last niet ten behoeve van de staat wordt geheven, geen enkele discriminerende of beschermende werking heeft en het belast produkt niet met enige nationale produktie concurreert.'¹²¹

Op het verbod op invoerrechten of maatregelen van gelijke werking zijn geen verdragsuitzonderingen mogelijk. De uitzonderingen genoemd in artikel 30 VWEU zijn uitsluitend van toepassing op de verboden op kwantitatieve beperkingen, genoemd in artikel 34 en 35 VWEU, die hierna aan de orde zullen komen.¹²² Desondanks kunnen invoergelden in drie gevallen toelaatbaar zijn volgens het Hof. Het gaat hierbij niet zozeer om uitzonderingen maar veeleer om situaties die volgens het Hof buiten het bereik van artikel 30 VWEU vallen. De kwalificatie (als invoerrecht of maatregel van gelijke werking) gaat ten eerste niet op wanneer de betrokken heffing deel uitmaakt van een algemeen stelsel van binnenlandse heffingen waardoor nationale en ingevoerde producten volgens dezelfde criteria stelselmatig worden belast. Ten tweede gaan zij niet op wanneer zij de tegenprestatie vormt voor een aan de marktdeelnemer werkelijk verleende dienst en evenredig is met de kosten daarvan of – ten

¹²⁰ Zie hiervoor Barnard 2007, p. 211-245.

¹²¹ HvJ EU 1 juli 1969, nr. 24/68, *Jur.* 1969, p. 193, par. 9 (*Commissie/Italiaanse republiek*).

¹²² HvJ EU 10 december 1968, nr. 7/68, *Jur.* 1968, p. 617, par. 3 (*Commissie/Italiaanse republiek*). Zie paragraaf 2.3.3.3.

slotte – onder bepaalde voorwaarden, wanneer zij betrekking heeft op controles die krachtens het gemeenschapsrecht moeten worden verricht.¹²³

Het Hof heeft ook grenzen gesteld aan het vaststellen van (minimum- of maximum)prijzen haar jurisprudentie inzake het vrije verkeer van goederen. Zo kan het vaststellen van maximumprijzen een maatregel van gelijke werking zijn. Dit doet zich voor wanneer nationale en geïmporteerde goederen gelijk worden behandeld, terwijl zij dat niet zijn. Als de maximumprijs te laag wordt vastgesteld, omdat hierbij de transportkosten die voor internationale goederen moeten worden gemaakt, niet worden meegenomen. Ook een minimumprijs kan discriminerend zijn als de concurrentiemogelijkheden van internationale goederen te zeer worden beperkt.¹²⁴

In de zaak *Tasca* heeft het Hof vastgesteld dat, hoewel een maximumprijs die voor nationale en geïmporteerde goederen gold geen maatregel van gelijke werking betrof, het toch een dergelijk effect kon hebben als het op een zodanig niveau werd vastgesteld dat de verkoop van geïmporteerde goederen tenminste moeilijker was dan de verkoop van nationale goederen.¹²⁵

In de zaak *Van Tiggelen* overwoog het Hof dat prijsreguleringsmaatregelen die zowel op nationale als geïmporteerde goederen van toepassing zijn niet in het algemeen een maatregel van gelijke werking inhouden. Niettemin kunnen zij een dergelijk effect hebben als hierdoor import wordt belemmerd als de nationale autoriteiten de prijs op een niveau vaststellen dat geïmporteerde producten nadeel ondervonden ten opzichte van nationale producten. Dit nadeel kan samenhangen met het gegeven dat onder die omstandigheden het product niet winstgevend kon worden verhandeld, of omdat het concurrentievoordeel dat men had van lagere kostprijzen wordt tenietgedaan. Het Hof identificeerde twee soorten minimumprijzen die legitiem kunnen zijn. Ten eerste noemde zij een nationale regel dat producten die worden verkocht aan een eindgebruiker niet onder de groothandelsprijs worden verkocht. Ten tweede noemde zij het vastleggen van een minimale winstmarge in een specifieke hoeveelheid, niet in een percentage van de kostprijs.¹²⁶

Op de situatie van interne belastingheffing is artikel 110 VWEU van toepassing. Het gaat hierbij derhalve niet om heffingen aan de grens maar op heffingen die binnen een lidstaat van toepassing zijn. Het artikel is niet van toepassing op directe, maar op indirecte belastingheffing. Artikel 110 VWEU staat indirecte belastingheffing in beginsel toe en ziet dit als een autonome bevoegdheid van de lidstaten, maar het gehanteerde systeem mag niet protectionistisch of discriminatoir zijn. Zo heeft het Hof besloten dat in een voorkomend geval een nationaal belastingstelsel als gevolg waarvan op lichte wijn afkomstig uit andere lidstaten een hogere accijns wordt geheven dan op de nationale bierproductie onverenigbaar is met artikel 110 VWEU omdat deze twee producten elkaar kunnen vervangen. Door deze maatregel werd een extra fiscale last op ingevoerde wijn gelegd, waardoor de nationale bierproductie werd beschermd, aldus het Hof.¹²⁷

¹²³ HvJ EU 27 december 1988, nr. 18/87, *Jur.* 1988, p. 5427, par. 6 (*Commissie/Bondsrepubliek Duitsland*).

¹²⁴ Barnard 2007, p. 103-104.

¹²⁵ HvJ EU 26 november 1976, nr. 65/75, *Jur.* 1976, p. 291 (*Tasca*).

¹²⁶ HvJ EU 24 januari 1978, nr. 82/77, *Jur.* 1978, p. 25 (*Tiggele*).

¹²⁷ HvJ EU 12 juli 1983, nr. 170/78, *Jur.* 1983, p. 2265, par. 27 (*Belastingregeling voor wijn*).

2.3.3.3 Kwantitatieve beperkingen

In artikel 34 VWEU dat rechtstreeks werkt, worden kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking verboden. Kwantitatieve beperkingen worden gedefinieerd als maatregelen die de invoer, uitvoer of doorvoer geheel of ten dele beletten.¹²⁸ Dit zijn bijvoorbeeld quota's. Het Hof heeft in de zaak *Henn and Darby* bepaald dat een invoerverbod als een uiterste vorm van een kwantitatieve beperking moet worden beschouwd. In casu betekende dit dat het verbod van het Verenigd Koninkrijk om pornografisch materiaal in te voeren een inbreuk vormde op artikel 34 VWEU.¹²⁹

Op het verbod op kwantitatieve beperkingen zijn uitsluitend de uitzonderingen van artikel 36 VWEU van toepassing. In artikel 36 VWEU wordt een limitatieve opsomming gegeven van rechtvaardigingsgronden voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer. Het gaat hierbij om de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of van de industriële en commerciële eigendom. De rechtvaardigingsgronden van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking worden strikt geïnterpreteerd.¹³⁰ Deze strikte interpretatie heeft als gevolg dat geen andere doelen dan de hiervoor genoemde worden gehonoreerd door het Hof.¹³¹ Daarnaast is bepaald dat de rechtvaardigingsgronden niet opgaan voor economische doelen.¹³² Bovendien moeten ze in samenhang worden gelezen met de tweede zin van artikel 36 VWEU die bepaalt dat deze verboden of beperkingen geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten mogen vormen. Daarbij is ook de proportionaliteit van de maatregel in relatie tot het te beschermen belang relevant.¹³³

Het verdrag staat hiermee derhalve toe dat nationale maatregelen vóór het vrije verkeer van goederen gaan, wanneer deze maatregelen belangrijke publieke doelen dienen die door de EG zijn erkend en bovendien proportioneel zijn en geen willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de interstatelijke handel tot gevolg hebben.

Onder een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking wordt door het Hof in *Dassonville* verstaan 'iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren'.¹³⁴ In *Cassis de Dijon* wordt dit begrip uitgerekt en dekt het niet slechts alle vormen van discriminatie maar ook maatregelen die formeel niet discriminatoir waren, maar uitsluitende effecten hadden op grensoverschrijdende markttoegang. Zo overwoog het Hof in laatstgenoemde zaak dat het begrip maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen 'in die zin moet worden omschreven dat bedoelde verbodsbepaling ook betrekking heeft op de vaststelling – in de wettelijke regeling van een lidstaat – van een alcoholpercentage, dat in voor menselijke consumptie bestemd gedistilleerd ten minste moet voorkomen, zolang sprake is van de invoer van gedistilleerd dat in een andere lidstaat rechtmatig geproduceerd en in de handel gebracht is'.¹³⁵ Hierdoor waren naast maatregelen met onderscheid ook maatregelen zonder

¹²⁸ HvJ EU 12 juli 1973, nr. 2/73, *Jur.* 1973, p. 865, par. 7 (*Geddo/Ente Nazionale Risi*).

¹²⁹ HvJ EU 14 december 1979, nr. 34/79, *Jur.* 1979, p. 3795, par. 12-13 (*Henn and Darby*).

¹³⁰ HvJ EU 25 januari 1977, nr. 46/76, *Jur.* 1977, p. 5, par. 12 (*Bauhaus*).

¹³¹ HvJ EU 17 juni 1981, nr. 113/80, *Jur.* 1981, p. 1625, par. 7 (*Commissie/Ierland*).

¹³² HvJ EU 9 juni 1982, nr. 95/81, *Jur.* 1982, p. 2187, par. 27 (*Commissie/Italiaanse republiek*).

¹³³ HvJ EU 10 juli 1984, nr. 72/83, *Jur.* 1984, p. 2727, par. 37 (*Campus Oil Ltd.*).

¹³⁴ HvJ EU 11 juli 1974, nr. 8/74, *Jur.* 1974, p. 837, par. 5 (*Dassonville*).

¹³⁵ HvJ EU 20 februari 1979, nr. 120/78, *Jur.* 1979, p. 649, par. 15 (*Cassis de Dijon*).

onderscheid onder het verbod gebracht. Tegelijkertijd echter, opende het Hof de mogelijkheid voor dwingende vereisten die ertoe nopen dat belemmeringen worden aanvaard. Het Hof noemde: de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten.¹³⁶

Het verruimen van het begrip maatregelen van gelijke werking ging derhalve gepaard met een ruimere mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen in het algemeen belang op het verbod op handelsbelemmeringen. Net als bij het vrij verkeer van diensten, zien we hier een *rule of reason* benadering van het Hof.¹³⁷

Later is in het arrest *Keck* bepaald dat zelfs als aan de *Dassonville*-criteria werd voldaan, niet-discriminatoire beperkingen van verkoopmodaliteiten onder bepaalde voorwaarden niet in strijd komen met het verbod op handelsbelemmeringen van artikel 28 VWEU.¹³⁸ Deze jurisprudentie wordt wel geduid als een bevestiging van het gegeven dat als er geen intentie is om intracommunautaire handel te beïnvloeden, het Hof afziet van het beoordelen van nationale beleidsdoelstellingen.¹³⁹

Hiervoor is aandacht besteed aan de kwantitatieve invoerbelemmeringen. De uitvoerbelemmeringen op grond van artikel 35 VWEU, zijn hiervan het mindere broertje. Dit artikel heeft ook rechtstreekse werking en verbiedt kwantitatieve belemmeringen en maatregelen van gelijke werking van export. Over uitvoerbelemmeringen is veel minder jurisprudentie verschenen, niet in de laatste plaats omdat het in het algemeen in het belang van een lidstaat is om export te faciliteren en niet te verhinderen. Vanwege het geringe belang van dit leerstuk voor de hier bestudeerde sectoren, wordt hier niet dieper op ingegaan.

2.3.3.4 *Slotsom*

Hiervoor is ingegaan op het vrij verkeer van goederen. Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat beperkingen van het vrij verkeer van goederen onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn. De redenering van het Hof in het arrest *Keck* laat een aanzienlijke ruimte voor de nationale wetgever zien, voor zover de lidstaat niet beoogt de intracommunautaire handel te beïnvloeden.

Verder bleek uit deze analyse dat tariefregulering kan stuiten op onverenigbaarheid met het vrij verkeer van goederen als zij het effect hebben van een maatregel van gelijke werking. Hiermee moet rekening worden gehouden bij de keuzes die de nationale wetgever maakt.

2.3.4 Vrij verkeer van kapitaal

2.3.4.1 *Inleiding*

Alle belemmeringen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten en tussen lidstaten en derde landen zijn verboden, aldus artikel 63 VWEU. Onder kapitaalverkeer moet worden begrepen 'met name directe investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap, die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap („directe' investeringen), en de verwerving van

¹³⁶ HvJ EU 20 februari 1979, nr. 120/78, *Jur.* 1979, p. 649, par. 8 (*Cassis de Dijon*).

¹³⁷ Sauter & Schepel 2007, p. 23.

¹³⁸ HvJ EU 24 november 1993, nr. C-267-268/91, *Jur.* 1993, p. I-6097, par. 15-17 (*Keck*).

¹³⁹ Sauter & Schepel 2007, p. 27.

effecten op de kapitaalmarkt met uitsluitend doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen ('portefeuillebeleggingen').¹⁴⁰

Uitzonderingen op dit verbod staat het verdrag toe voor belastingheffing en om het overtreden van voornamelijk belastingwetgeving tegen te gaan.¹⁴¹ Daarnaast kan er, net als bij de andere vrijheden, in de ogen van het Hof sprake zijn van zwaarwegende redenen van nationaal belang die tot een beperking van de vrijheid van kapitaal nopen. Deze beperking moet dan wel non-discriminatoir worden toegepast.¹⁴² Het Hof past hierbij een proportionaliteitstest toe.

Een vraag die speelt in nutssectoren is of het de staat of andere overheden is toegestaan om aandelen in een bepaalde onderneming te hebben die aan haar bijzondere rechten toekent, een zogenaamd 'gouden aandeel'. Dit gouden aandeel kan volgens de staat noodzakelijk zijn in het algemeen belang.

Het begrip *golden share* of gouden aandeel ziet op bijzondere zeggenschapsrechten in een vennootschap die verbonden zijn aan de aandelen die de staat houdt. Deze gouden aandelen zijn een manier voor de staat om na privatisering toch een bepaalde invloed op de betrokken onderneming te houden.

De overheid houdt aandelen in bepaalde bedrijven in nutssectoren. Nu geldt daarvoor nog een privatiseringsverbod. Momenteel vindt discussie plaats over privatisering van een gedeelte van die aandelen. Door het Hof is inmiddels een aantal arresten gewezen waarbij dit soort bijzondere aandeelhoudersbevoegdheden van de staat voorwerp van geschil waren.¹⁴³ Deze jurisprudentie wordt geplaatst in de sleutel van het vrij verkeer van kapitaal. Het is niet zo dat gouden aandelen helemaal niet zijn toegestaan. Ze zijn echter wel door het Hof aan strenge normen onderworpen.

Het Hof volgt in haar jurisprudentie steeds eenzelfde redeneerpatroon. Eerst moet de vraag worden beantwoord of de bevoegdheden verbonden aan het gouden aandeel een beperking van het kapitaalverkeer vormen. Als geen beperking wordt aangenomen is geen sprake van niet-nakoming van artikel 63 VWEU door de betrokken lidstaat. Als wel een beperking wordt aangenomen, rijst de vraag of voor deze beperking een beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond. Mocht de rechtvaardigingsgrond toelaatbaar zijn, dan moet nog de vraag worden beantwoord of de betrokken zeggenschapsrechten proportioneel en noodzakelijk zijn in relatie tot de aangevoerde rechtvaardigingsgrond. Hierna wordt op deze elementen van het redeneerpatroon van het Hof afzonderlijk ingegaan. Er wordt afgesloten met het toepassen van de regels van het vrij verkeer van kapitaal op de splitsing van energiebedrijven zoals vastgelegd in de Wet onafhankelijk netbeheer.

¹⁴⁰ HvJ EU 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *Jur.* 2006, p. I-9141, par. 19 (*Commissie/Nederland*).

¹⁴¹ Art. 65 VWEU.

¹⁴² Barnard 2008, p. 543.

¹⁴³ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731 (*Commissie/Portugal*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781 (*Commissie/Frankrijk*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809 (*Commissie/België*), HvJEG 13 mei 2003, nr. C-98/01, *Jur.* 2003, p. I-4641 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), HvJ EU 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-4581 (*Commissie/Spanje*) en HvJEG 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *Jur.* 2004, p. I-9141 (*Commissie/Nederland*).

2.3.4.2 Beperking kapitaalverkeer

Het Hof heeft bepaalde kapitaalbewegingen gekwalificeerd als kapitaalverkeer. In de bijlage bij de inmiddels vervallen richtlijn 88/361/EEG inzake de opheffing van beperkingen van het kapitaalverkeer wordt een aantal kapitaalbewegingen als voorbeeld genoemd van kapitaalverkeer. Hiertoe behoren directe investeringen (oprichten en uitbreiden van ondernemingen en deelnemingen in nieuwe of bestaande ondernemingen) en verrichtingen betreffende effecten die gewoonlijk op de kapitaalmarkt worden verhandeld.¹⁴⁴ Het Hof kent aan deze opsomming een indicatieve waarde toe.¹⁴⁵ Dit komt erop neer dat als sprake is van een beperking van een van deze kapitaalbewegingen, beperking van het vrije verkeer van kapitaal wordt aangenomen.

Het Hof acht het feit dat door een bijzonder zeggenschapsrecht geen onderscheid naar nationaliteit wordt gemaakt niet doorslaggevend voor het al dan niet aannemen van een beperking van het kapitaalverkeer. Artikel 63 VWEU verbiedt op algemene wijze de beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten, aldus het Hof.¹⁴⁶ Ook een regeling die geen onderscheid maakt naar nationaliteit kan het verwerven van aandelen van de betrokken ondernemingen derhalve blokkeren en investeerders uit andere lidstaten ervan weerhouden in die ondernemingen te investeren. Daardoor kan volgens het Hof het vrije verkeer van kapitaal illusoir worden gemaakt.¹⁴⁷

Een beperking van het kapitaalverkeer wordt door het Hof snel aangenomen. In bepaalde gevallen lag deze conclusie voor de hand. Zo verbaast het niet dat het stellen van wettelijke maxima aan buitenlandse deelnemingen en het verbod behoudens vergunning om meer dan 10% van de aandelen in een bepaalde onderneming te houden door de Portugese staat een beperking vormen van het kapitaalverkeer.¹⁴⁸ Ook het verplicht stellen van voorafgaande goedkeuring, instemming of vergunning van de staat ten aanzien van het bezitten van aandelen en stemrechten vormen beperkingen van het vrij verkeer van kapitaal.¹⁴⁹ Dat een bepaalde regeling deel uitmaakt van mechanismes die onderdeel zijn van van het vennootschapsrecht is voor het Hof niet relevant.¹⁵⁰ Niet alleen voorafgaande goedkeuring van de staat ten aanzien van aandelenbezit maar ook de voorafgaande goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten vormt een beperking.¹⁵¹ De mogelijkheid van verzet achteraf door de staat tegen bepaalde bestuursbesluiten inzake de verwerving of verkoop van activa (in casu infrastructuur in de energiesector) vormt eveneens een beperking van het vrij verkeer van kapitaal.¹⁵² Het Hof neemt kennelijk ook in deze laatste gevallen aan dat van deze zeggen-

¹⁴⁴ Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, bijlage I (*PbEG* 1988, L 178 van 08/07/1988, p. 5-18).

¹⁴⁵ HvJEG 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *Jur.* 2004, p. I-9141, par. 19 (*Commissie/Nederland*).

¹⁴⁶ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, par. 40 (*Commissie/Frankrijk*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, par. 44 (*Commissie/Portugal*).

¹⁴⁷ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, par. 41 (*Commissie/Frankrijk*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, par. 45 (*Commissie/Portugal*).

¹⁴⁸ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731 (*Commissie/Portugal*).

¹⁴⁹ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781 (*Commissie/Frankrijk*).

¹⁵⁰ HvJEG 13 mei 2003, nr. C-98/01, *Jur.* 2003, p. I-4641, par. 48 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁵¹ HvJEG 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *Jur.* 2004, p. I-9141, par. 21 (*Commissie/Nederland*).

¹⁵² HvJEG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809, par. 39-41 (*Commissie/België*).

schapsrechten een negatieve invloed uitgaat op de bereidheid in de betrokken ondernemingen te investeren.

Kort gezegd is staatsinmenging in een onderneming voor- of achteraf voldoende om een beperking van het vrije verkeer van kapitaal aan te nemen.

2.3.4.3 *Rechtvaardigingsgronden*

Als een beperking is aangenomen, kan deze onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Hiertoe moet een onderscheid worden gemaakt tussen de grond waarop door de lidstaat een beroep wordt gedaan en de aard en wijze van de beperking zelf. Nu volgt eerst de rechtvaardigingsgrond. Door het Hof wordt expliciet gesteld dat een beperking kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 65 VWEU en door de in de jurisprudentie aanvaarde algemeen belangexcepties. Het Hof redeneert in navolging van een Commissiemededeling uit 1997¹⁵³ dat niet mag 'worden voorbijgegaan aan bezorgdheden die, naar gelang van de omstandigheden, kunnen rechtvaardigen dat de lidstaten een bepaalde invloed behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang.'¹⁵⁴

In de jurisprudentie zijn het garanderen van levering van olie in het geval van een energiecrisis¹⁵⁵ en het behouden van minimale hoeveelheden gas in geval van een energiecrisis als rechtvaardigingsgronden aanvaard.¹⁵⁶ Ook het veiligstellen van telecommunicatievoorzieningen en elektriciteitslevering in geval van een crisis is als zodanig aanvaard.¹⁵⁷

Een beroep op dwingende redenen van algemeen belang die verband houden met strategische behoeften en met de noodzaak de continuïteit van de openbare diensten te handhaven werd niet geaccepteerd voor de gouden aandelen van de Spaanse staat in een tabaksproducent en commerciële groep banken, omdat zij geen ondernemingen vormen die bestemd zijn om openbare diensten te verrichten.¹⁵⁸ Een rechtvaardiging ontleend aan het algemeen financieel belang van een lidstaat wordt ook niet aanvaard. Het is vaste rechtspraak dat overwegingen van economische aard in geen geval door het VWEU verboden belemmeringen kunnen rechtvaardigen.¹⁵⁹ Het waarborgen van de universele postdienst, meer in het bijzonder voor het beschermen van de solvabiliteit en de continuïteit van postbedrijf TPG werd door het Hof wel geacht een dwingende reden van algemeen belang te kunnen vormen.¹⁶⁰

2.3.4.4 *Proportionaliteitstoets*

Als sprake is van een beperking waarvoor een valide rechtvaardigingsgrond wordt aangedragen, moet worden gezien of de zeggenschapsrechten verbonden aan het bijzondere aandeel

¹⁵³ Mededeling van de Commissie betreffende bepaalde juridische aspecten van de intracommunautaire investeringen (*Pb.* C 220, p. 15).

¹⁵⁴ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, par. 42 (*Commissie/Frankrijk*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, par. 47 (*Commissie/Portugal*) en HvJEG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809, par. 43 (*Commissie/België*).

¹⁵⁵ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, par. ... (*Commissie/Frankrijk*).

¹⁵⁶ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809, par. 46 (*Commissie/België*).

¹⁵⁷ HvJ EU 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-4581, par. 71 (*Commissie/Spanje*).

¹⁵⁸ HvJ EU 13 mei 2003, nr. C-463/00, *Jur.* 2003, p. I-4581, par. 70 (*Commissie/Spanje*).

¹⁵⁹ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, par. 52 (*Commissie/Portugal*).

¹⁶⁰ HvJEG 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *Jur.* 2004, p. I-9141, par. 37-38 (*Commissie/Nederland*).

evenredig zijn met het te dienen doel, de aangevoerde rechtvaardigingsgrond. Hierbij bekijkt het Hof of de betrokken zeggenschapsrechten noodzakelijk zijn voor het bereiken van het doel in kwestie.

Het Hof kent hierbij waarde toe aan de nauwkeurigheid en objectiviteit van de voorwaarden waaronder de zeggenschapsrechten kunnen worden uitgeoefend en, daarmee verbonden, aan de mogelijkheid van rechterlijke controle hierop. Daarnaast acht zij een stelsel van voorafgaande goedkeuring een veel ingrijpender beperking dan een stelsel van verzet achteraf. Op dit laatste standpunt wordt in de literatuur wel kritiek geuit. Zo betoogt Drijber dat van 'het recht op controle of verzet achteraf (...) een preventieve werking (kan) uitgaan die in de praktijk een recht-toe-recht-aan goedkeuringsvereiste dicht zal benaderen, zeker als belangrijke beslissingen informeel van tevoren worden afgestemd met het betrokken ministerie.' Verder acht hij verzet achteraf, voor zover dit het terugdraaien van ondernemingsbeslissingen betreft, niet helderder en zekerder voor de investeerder dan een goedkeuringsrecht.¹⁶¹ Volgens Drijber is een stelsel van voorafgaande vergunning vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid van de investeerder niet 'slechter' dan een systeem van verzet achteraf, maar verdient het eerder de voorkeur.¹⁶² Hierna worden twee zaken besproken die de redenering van het Hof kunnen illustreren.

Een van de zaken waarin het gouden aandeel in overeenstemming met EU-recht werd geacht is die van de Commissie tegen België. De bevoegde Belgische minister kon, als hij van oordeel is dat de betreffende verrichting de nationale belangen op energiegebied zou schaden, zich achteraf verzetten tegen de overdracht, zekerheidstelling of verandering van bestemming van strategische leidingen van de Nationale Maatschappij der Pijpleidingen. Een gelijke bevoegdheid had hij ten aanzien van het nationale gasbedrijf Distrigas. Het Hof aanvaardde de rechtvaardigingsgrond dat in geval van een energiecrisis moest kunnen worden ingegrepen. Vervolgens kwam het toe aan de proportionaliteitstest. In de eerste plaats overwoog het Hof dat het hier om een stelsel van verzet ging waarvoor strikte termijnen golden. Dit verzet gold alleen ten aanzien van strategische activa. Daarbij kon de minister zich slechts verzetten als de doelstellingen van het energiebeleid gevaar liepen. De interventies moesten worden gemotiveerd en er was rechterlijke controle mogelijk. De Commissie had niet aangetoond dat het nagestreefde doel ook met minder dwingende maatregelen kon worden bereikt. Het Hof achtte het gouden aandeel in overeenstemming met het vrij verkeer van kapitaal.

In de eerder al aangehaalde zaak, waarin de universele postdienst werd geacht een rechtvaardigingsgrond te kunnen zijn, oordeelde het Hof dat de zeggenschapsrechten verbonden aan het bijzondere aandeel verder gingen dan noodzakelijk was voor de bescherming van de solvabiliteit en de continuïteit van de aanbieder van de universele postdienst. De staat had de bevoegdheid belangrijke bestuursbesluiten van te voren goed te keuren. Het gouden aandeel doorstond de proportionaliteitstoets van het Hof niet omdat de speciale rechten van de Nederlandse staat zich niet beperkten tot de activiteiten van TPG als aanbieder van de universele postdienst. Bovendien berustte de uitoefening van de speciale rechten niet op een vastomlijnd criterium en behoeft deze niet te worden gemotiveerd, waardoor daadwerkelijke rechterlijke toetsing onmogelijk is.

Dit roept de vraag op of een wettelijk verbod om aandelen over te dragen in bepaalde ondernemingen waarin aandelen door overheden worden gehouden, verenigbaar is met het verbod op het beperken van het kapitaalverkeer. Deze situatie doet zich onder meer voor in

¹⁶¹ Drijber 2002, p. 240.

¹⁶² Drijber 2003, p. 185.

de Nederlandse energiesector. Een verschil met het hier besproken houden van gouden aandelen is dat bij een algeheel privatiseringsverbod geen inmenging van de staat is in een private onderneming, maar dat de onderneming volledig publiek is. Wellicht moet zo'n verbod daarom worden gezien als een interbestuurlijke aangelegenheid. Artikel 345 VWEU verhindert de staat immers niet om haar eigendomsrechten zelf te regelen.

2.3.4.5 *Splitsing energiebedrijven*

Een belangrijke vraag is of de splitsingswetgeving terzake van energiebedrijven (Wet onafhankelijk netbeheer) niet in strijd komt met het vrij verkeer van kapitaal. De Nederlandse nationale wetgever heeft, bij het vormgeven van concurrentie op de energiemarkt, ervoor gekozen om verder te gaan dan hetgeen door de liberaliseringsrichtlijnen werd voorgeschreven, naar eigen zeggen om een onafhankelijk netbeheer te waarborgen. Waar de richtlijnen aanvankelijk een boekhoudkundige en later een juridische scheiding tussen netbeheerder en producent/leverancier eisten, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen een volledige scheiding van eigendom tussen de betrokken bedrijfsonderdelen door te voeren: een groepsverbod, ook wel genoemd 'splitsing'. Het groepsverbod houdt in dat een aandeelhouder van een leverancier/producent niet tevens aandeelhouder mag zijn van een netbeheerder (tenzij het gaat om een publieke aandeelhouder).¹⁶³

Uitzonderingen in het algemeen belang van de regels van het vrij verkeer van kapitaal zijn mogelijk, zoals hiervoor is gebleken. Door het Hof van Justitie wordt een rechtvaardigingsgrond in het algemeen belang snel aangenomen. De lidstaat moet echter bewijzen dat de genomen maatregel proportioneel is om het beoogde doel – het algemeen belang – te bereiken. Er zou kunnen worden betoogd dat het een algemeen belang is dat de overheid kan ingrijpen bij een energiecrisis. Dit is door het Hof al eerder bevestigd. Het Hof is echter zeer streng bij het toetsen van de proportionaliteit van de maatregelen. In het verleden is gebleken dat overheidstoestemming vooraf – ook bij het algemeen belang van het uitbreken van een energiecrisis – in geen enkel geval proportioneel is geacht.¹⁶⁴ Door de rechtbank Den Haag is de eigendomssplitsing op zich van de energiebedrijven in overeenstemming met het EU-recht geacht inclusief het vrije verkeer van kapitaal.¹⁶⁵

De vraag is of de redenen die zijn aangevoerd als rechtvaardigingsgronden zouden kunnen dienen voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal. De rechtbank te Den Haag heeft uitspraak gedaan in drie zaken van energiebedrijven tegen de Staat. Eneco, Essent en Delta vochten in een civiele procedure de rechtmatigheid van het groepsverbod aan. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De energiebedrijven deden een beroep op artikel 1 eerste protocol van het EVRM dat niet slaagde. De rechtbank overwoog dat slechts sprake is van de 'regulering' van eigendom en niet van de 'ontneming' ervan omdat aan de publieke aandeelhouders niets wordt ontnomen.¹⁶⁶

Een beroep van de Staat op artikel 345 VWEU (de regeling van het eigendomsrecht), waardoor de verdragsregels met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging hier niet van toepassing zouden zijn, slaagde evenmin. Dit artikel was naar het oordeel van de rechtbank niet van toepassing. De rechtbank heeft in het midden gelaten of de regeling een inbreuk vormt op de fundamentele vrijheden van het VWEU, maar acht een

¹⁶³ Art. 10b E-wet.

¹⁶⁴ Zie paragraaf 2.3.4.

¹⁶⁵ Zie paragraaf 6.5.5.

¹⁶⁶ Rb. Den Haag 11 maart 2009, *LJN* BH5468, *LJN* BH5469 en *LJN* BH 5470.

eventuele inbreuk gerechtvaardigd op grond van dwingende vereisten van algemeen belang. In casu gaat het dan om de leveringszekerheid. Volgens de rechtbank is het groepsverbod een proportionele maatregel om de leveringszekerheid te waarborgen. Hij stelt: 'De Staat heeft op toereikende gronden aangetoond dat het groepsverbod geschikt en nodig is met het oog op deze aspecten' (leveringszekerheid en de rechtstreeks daaraan gerelateerde bescherming van consumenten, KW).¹⁶⁷ Zoals hiervoor al bleek, valt echter niet te verwachten dat het Hof van Justitie deze analyse van de rechtbank Den Haag zal delen.¹⁶⁸

Inmiddels heeft het Gerechtshof te Den Haag geoordeeld in bovenstaande zaak.¹⁶⁹ Zij heeft geoordeeld dat de splitsingswetgeving in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal. Hierbij overwoog zij dat de redenen die door de Staat werden aangevoerd voor de splitsing geen dwingende redenen van algemeen belang waren. Een aantal problemen doe door de Staat zijn aangevoerd, zijn met andere vormen van regulering reeds ondervangen. De overige aangevoerde redenen waren volgens het Hof van economische aard, zodat zij niet als dwingende redenen van algemeen belang konden worden gekwalificeerd. De staat stelt cassatie in tegen de uitspraak. Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad prejudiciële vragen zal stellen aan het Hof van Justitie. Mijn verwachting is dat het Hof van Justitie ook zal oordelen dat sprake is van een ontoelaatbare beperking van het vrij verkeer van kapitaal.

2.3.5 Slotsom

De EG-regels betreffende het vrij verkeer zijn erop gericht staatsinmenging ten aanzien van grensoverschrijding van diensten, personen, goederen en kapitaal te beperken. Dit is een voorbeeld van de in de inleiding van dit hoofdstuk besproken negatieve integratie. Deze regels staan per definitie op gespannen voet met het reguleren van nutssectoren, omdat nu juist in deze sectoren behoefte bestaat aan meer inmenging door de overheid. De vraag is in hoeverre de overheid mag afwijken van deze regels voor DAEB.

2.3.5.1 *Vrij verkeer van diensten*

We hebben te maken met de regels inzake het vrij verkeer van diensten als de betrokken dienst gewoonlijk tegen vergoeding wordt verricht en de dienst een tijdelijk karakter heeft. Als de dienst een permanent karakter heeft, is de vrijheid van vestiging in het geding.

De regels inzake het vrij verkeer van diensten houden een verbodsstelsel in. Hierop kunnen uitzonderingen gerechtvaardigd zijn. Niet toegestaan zijn beperkingen op grond van nationaliteit. Het VWEU noemt uitzonderingen in het belang van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Daarnaast heeft het Hof een proportionaliteitstest aangelegd voor overige algemeen belangexcepties. Het moet hierbij gaan om een legitiem algemeen belang. Een puur economisch doel wordt door het Hof niet gezien als een legitiem algemeen belang.¹⁷⁰ Hierbij moet gedacht worden aan het beschermen van de eigen industrie. De vraag of het middel, de beperking, in staat en geschikt is het gestelde doel te bereiken, staat centraal in de genoemde proportionaliteitstest. Deze wordt ook wel de *less restrictive means test* genoemd (zie 2.7).

¹⁶⁷ Rb. Den Haag 11 maart 2009, *LJN* BH5468, *LJN* BH5469 en *LJN* BH 5470.

¹⁶⁸ Zie paragraaf 2.3.3.2.

¹⁶⁹ Hof Den Haag 22 juni 2010, *LJN* BM8494 en *LJN* BM 8495.

¹⁷⁰ Dit kan anders liggen wanneer de situatie een ontwrichting van de economie en daarmee ook van de maatschappij tot gevolg zou hebben. Het gaat dan ook niet langer om een zuiver economisch doel.

De Dienstenrichtlijn ziet zowel op het vrije verkeer van diensten als op de vrijheid van vestiging. De kern van de richtlijn is de codificatie van jurisprudentie van het Hof inzake deze vrijheden. Voor het vrije verkeer van diensten zijn echter keuzes gemaakt die tegen de jurisprudentie indruisen. Daarnaast legt de richtlijn een aantal administratieve plichten op aan de lidstaten. Zo moeten de lidstaten de eigen regelgeving tegen het licht houden en onnodige administratieve belemmeringen afschaffen. Verder moet een dienstverrichter in een gastheer lidstaat bij één loket alle benodigde vergunningen en procedures kunnen regelen.

Hoewel met de Dienstenrichtlijn wordt beoogd belemmeringen weg te nemen, heeft deze richtlijn vermoedelijk geen vergaande wijzigingen tot gevolg in de mogelijkheid van het nemen van belemmerende maatregelen in nutssectoren. De basisdiensten die worden verricht in nutssectoren zijn DAEB en daarmee van een belangrijk deel van de richtlijn uitgezonderd. Bovendien zijn bepaalde nutssectoren van de toepassing van de gehele richtlijn uitgezonderd.

Een twistpunt in de literatuur is of de Dienstenrichtlijn tevens van toepassing is op zuiver interne situaties. Hoewel hiervoor argumenten voor en tegen gegeven kunnen worden, is de consensus dat in de praktijk lidstaten de regelgeving voor alle dienstverrichters zullen aanpassen en niet louter voor de grensoverschrijdende dienstverrichters.

Het is duidelijk dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op transportdiensten (zowel stads- en streekvervoer als op spoorvervoer) en op audiovisuele diensten (zoals de kabel). Op (overige) DAEB, zoals de levering van gas- en elektriciteit en de drinkwatervoorziening is artikel 16 van de richtlijn niet van toepassing, maar zijn uitsluitend de administratieve bepalingen van toepassing. Op diensten in nutssectoren die geen DANEB en geen DAEB inhouden noch onder een van de uitgezonderde sectoren vallen, is de Dienstenrichtlijn volledig van toepassing. Hierbij past wederom het voorbehoud dat als van uitputtende harmonisatie sprake is in een gegeven sector, de betrokken regelgeving voortgaat.

2.3.5.2 Vrij verkeer van goederen

Het is lidstaten verboden om invoerrechten te heffen alsmede om maatregelen van gelijke werking toe te passen. Voorts zijn kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking verboden. Direct of indirect discriminerende regelingen houden als gevolg van deze verboden in beginsel niet stand. In beginsel, want het Hof heeft een aantal uitzonderingen, hier aangeduid als: 'dwingende vereisten' erkend. Later heeft het Hof verkoopmodaliteiten volledig buiten het verbod van belemmeringen gebracht, hetgeen meer ruimte voor de lidstaten inhield dan te verwachten was op grond van eerdere rechtspraak.

2.3.5.3 Vrij verkeer van kapitaal

De regels inzake het vrij verkeer van kapitaal stellen grenzen aan de mogelijkheden van de overheid om zich als kapitaalverschaffer in een onderneming bijzondere rechten, die boven de rechten van een 'gewone' aandeelhouder gaan, voor te behouden. Bovendien stelt dit grenzen aan de mogelijkheid voor een lidstaat om de aandelen in bepaalde ondernemingen in overheidshanden te houden. Dit publiek aandeelhouderschap (met evt. bijzondere rechten) is een fenomeen dat onder meer voorkomt in nutssectoren om na privatisering en liberalisering als overheid nog een vinger in de (spreekwoordelijke) pap te houden. Ook is in sommige sectoren waarin aandelen in ondernemingen worden gehouden door lagere overheden sprake van een wettelijk privatiseringsverbod.

Gebleken is dat het Hof het houden van een gouden aandeel door de overheid kritisch bekijkt. Ten eerste beoordeelt het Hof of sprake is van een beperking van het kapitaalverkeer. Dit neemt het Hof ook aan wanneer geen sprake is van onderscheid naar nationaliteit, maar wanneer naar haar oordeel door de betrokken beperking het vrije verkeer van kapitaal niet-temin illusoir kan worden gemaakt omdat investeerders in andere lidstaten af zullen zien van het verwerven van aandelen. Volgens het Hof is staatsinmenging in een onderneming via aandelenbezit voor- of achteraf voldoende om een beperking van het vrije verkeer van kapitaal aan te nemen.

Vervolgens beoordeelt het Hof of de betrokken beperking ter realisering van het algemene belang heeft plaatsgevonden. Het betrokken algemeen belang is een mogelijke rechtvaardigingsgrond. Het Hof redeneert dat niet mag 'worden voorbijgegaan aan bezorgdheden die, naar gelang van de omstandigheden, kunnen rechtvaardigen dat de lidstaten een bepaalde invloed behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang.¹⁷¹ Algemene financiële en economische doelen worden niet aanvaard als rechtvaardigingsgrond. Wel wordt als algemeen belang aanvaard het beschermen van vitale belangen in bijvoorbeeld de telecommunicatie- en energiesector in geval van een crisis.

Ten slotte staat de proportionaliteit van de beperking (middel) in relatie tot de rechtvaardigingsgrond (doel) ter beoordeling van het Hof. Hier blijkt dat staatsinmenging vooraf, zoals het recht om aandelen over te dragen en/of bestuursbesluiten vooraf goed te keuren, door het Hof niet wordt aanvaard als proportioneel middel om een algemeen belang te beschermen. Wel is de inmenging achteraf, zoals de mogelijkheid om bestuursbesluiten terug te draaien, als proportioneel middel aangemerkt. Het Hof hecht daarnaast waarde aan de nauwkeurigheid en objectiviteit van de voorwaarden waaronder de zeggenschapsrechten kunnen worden uitgeoefend en, daarmee verbonden, aan de mogelijkheid van rechterlijke controle hierop.

2.3.5.4 Algemeen

De hier besproken vrijheden houden allemaal een verbodsstelsel in waarop onder voorwaarden uitzonderingen mogelijk zijn. In het algemeen kan gesteld worden dat deze uitzonderingen nooit kunnen worden gerechtvaardigd door economische doelen, maar uitsluitend eventueel door het algemeen belang. Dit betekent dat gesteld kan worden dat het EU-recht inzake de vrijheden een flexibel karakter kent ten aanzien van het borgen van publieke belangen in die zin, dat het algemeen belang een gerechtvaardigde uitzondering kan vormen op het verbod op belemmeringen van de interne markt. Anderzijds kan worden geconcludeerd dat altijd een proportionaliteitstoets wordt toegepast waarbij het Hof in het algemeen vrij streng is bij de beoordeling van de middelen die worden ingezet om het doel te bereiken.¹⁷² Ook op het terrein van het vrij verkeer kan worden gesteld dat, als gekeken wordt naar het omgaan met de spanning tussen markt en publiek belang, de tweede variant van de in de inleiding van dit hoofdstuk gehanteerde driedeling hier opgaat. Dit betekent dat de verboden om het vrij verkeer te belemmeren in beginsel gelden, maar onder voorwaarden daarop een uitzondering kan worden gemaakt als een rechtvaardigingsgrond in het algemeen belang daartoe noopt.

¹⁷¹ HvJEG 4 juni 2002, nr. C-483/99, *Jur.* 2002, p. I-4781, par. 42 (*Commissie/Frankrijk*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-4731, par. 47 (*Commissie/Portugal*), HvJEG 4 juni 2002, nr. C-503/99, *Jur.* 2002, p. I-4809, par. 43 (*Commissie/België*).

¹⁷² Meer over deze test in paragraaf 2.7.

2.4 Betekenis Europees mededingingsrecht

2.4.1 Inleiding

De EU-rechtelijke mededingingsregels vormen een belangrijke hoeksteen van de Europese gemeenschappelijke markt. De mededingingsrechtelijke regels zijn, in tegenstelling tot de overige verdragsregels, niet rechtstreeks gericht tot de lidstaten maar tot ondernemingen. Het doel van het mededingingsrecht is te voorkomen dat de concurrentie op de interne markt door gedragingen van ondernemingen wordt verstoord. Onder dit Europese ondernemingsbegrip vallen ook entiteiten in nutssectoren voorzover zij economische activiteiten verrichten.

De bepalingen waar het hier om gaat, zijn de artikelen 101 en 102 VWEU. Daarin staan het verbod op kartelvorming en het verbod op misbruik van een machtspositie opgenomen. Hoewel deze normen zich richten tot ondernemingen, zijn lidstaten ook aan deze artikelen gebonden in die zin dat zij ondernemingen niet mogen aanzetten tot het overtreden van deze artikelen of inbreuken daarop mogen begunstigen, opleggen of versterken.¹⁷³

Voor het verrichten van DAEB, waaronder basisdiensten in nutssectoren, kan onder omstandigheden een uitzondering worden gemaakt op deze mededingingsregels. Met name voor het verschaffen van bijzondere of uitsluitende rechten, waardoor een machtspositie kan worden verkregen, hetgeen in nutssectoren regelmatig voorkomt, is deze uitzondering van belang.

Hierna wordt dieper op het ondernemingsbegrip ingegaan (2.4.2) dat centraal staat in het mededingingsrecht. Vervolgens wordt de betekenis van artikel 106 VWEU uitgebreid besproken (2.4.3-2.4.5). Dit artikel maakt het mogelijk dat een uitzondering kan worden gemaakt op het strenge regime van het mededingingsrecht voor zover het gaat om DAEB. Daarna wordt tot de slotsom gekomen en de betekenis van het mededingingsrecht, in het bijzonder de uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU voor de mogelijkheden van de wetgever terzake van de regulering van nutssectoren besproken (2.4.6).

2.4.2 Onderneming: een centraal begrip

Het begrip 'onderneming' staat centraal in het Europese mededingingsrecht. Het begrip is niet gedefinieerd in het VWEU. Zoals hierna zal blijken, is het ondernemingsbegrip door het Hof functioneel uitgelegd en daarom onafhankelijk van nationaalrechtelijke kwalificaties van organisaties als privaats- of publiekrechtelijk.¹⁷⁴ Zonder deze functionele interpretatie zou er ruimte zijn voor lidstaten om door de wijze van organisatie van een bepaalde sector onder de mededingingsrechtelijke regels uit te komen. Dit zou aan een uniforme toepassing van deze regels in de weg hebben gestaan en daarmee bovendien aan het *effet utile* van het Europese recht.¹⁷⁵

Het ondernemingsbegrip is gebaseerd op de definitie van een economische activiteit. Het Hof verwoordt dit als volgt: 'In de context van het mededingingsrecht moet worden gepreciseerd, dat (...) het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (...).'¹⁷⁶ Dit betekent dat als een entiteit economische activiteiten verricht, het mededingingsrecht (en

¹⁷³ HvJEG 2 juni 1994, gevoegde zaken C-401/92 en C-402/92, *Jur.* 1994, p. I-2199, par. 16 (*'t Heuske*).

¹⁷⁴ HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76, *Jur.* 1977, p. I-595, par. 18 (*Steinike und Weinlig*).

¹⁷⁵ HvJ EU 16 juni 1987, nr. 118/85, *Jur.* 1987, p. I-2599, par. 11 (*Transparency Directive*).

¹⁷⁶ HvJ EU 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, par. 21 (*Höfner en Elser*).

een belangrijk deel van het verdragsrecht) op dit handelen van toepassing is. Het is daarom mogelijk dat een entiteit voor bepaald handelen, dat niet-economisch van aard is, niet als onderneming wordt gezien en voor de economische activiteiten wel.¹⁷⁷ Juist in de publieke sector blijkt het vaak moeilijk te beoordelen of een activiteit van economische aard is.

Het is van belang om te beoordelen of een activiteit verricht in een nutssector economisch is. Immers, als de activiteit dat niet is, is geen sprake van een onderneming en zijn daarmee de verdragsregels niet van toepassing. Als de activiteit economisch is, zijn de verdragsregels mogelijk ook niet van toepassing op een DAEB. Het verschil is echter dat in het eerste geval de uitzondering onvoorwaardelijk en in het tweede geval, de uitzondering voorwaardelijk is, namelijk afhankelijk van de voorwaarden die artikel 106, tweede lid, VWEU stelt.¹⁷⁸ In het algemeen is het aanvaard dat diensten verricht in nutssectoren van economische aard zijn.¹⁷⁹ Bij andere activiteiten verricht in de publieke sector, zoals gezondheidszorg, onderwijs en sociale zekerheid is dit lastiger te bepalen. In het licht van dit onderzoek blijft het relevant om het begrip economische activiteit nader te onderzoeken aangezien van drinkwater betwist wordt of dat moet worden gezien als een economische activiteit.

Het Hof heeft geen rechtlijnige test ontwikkeld om de vraag te beantwoorden of sprake is van een economische activiteit. De belangrijkste aspecten blijken te zijn of de entiteit diensten aanbiedt tegen vergoeding, het financiële risico hiervoor draagt en ze (tenminste potentieel) in concurrentie aanbiedt.¹⁸⁰ In *Höfner* hanteert het Hof een zeer breed en objectief criterium voor het begrip economische activiteit. Het ging in deze zaak om arbeidsbemiddeling door een Duits overheidsorgaan. Het Hof achtte het feit dat de diensten normaal gesproken door publieke entiteiten werden verricht niet van invloed op het economisch karakter ervan. Arbeidsbemiddeling is niet altijd en hoeft niet per se te worden uitgevoerd door publieke entiteiten met een monopolie, aldus het Hof.¹⁸¹ Deze redenering lijkt te impliceren dat elke activiteit die ook door een private onderneming zou kunnen worden uitgevoerd moet worden gezien als economische activiteit. Hiermee kwalificeerde het Hof een zeer breed spectrum aan activiteiten als economisch.

In latere jurisprudentie, waarbij sprake was van situaties die als grensgevallen kunnen worden aangeduid, legt het Hof verfijndere criteria aan om te beoordelen of een activiteit als economisch moet worden beschouwd. Het Hof moest beoordelen of een organisatie, opgericht door verschillende staten tezamen en belast met luchtverkeersveiligheid een onderneming in de zin van het VWEU was. Het Hof kwam tot de conclusie dat de taken van Eurocontrol, alles bij elkaar genomen typisch taken waren die door een publieke autoriteit worden verricht. Hierbij nam het Hof in aanmerking het doel en het karakter van de taken maar ook de daarop toepasselijke regels.¹⁸²

Een voorbeeld van een activiteit die niet als economisch wordt beschouwd, is het verschaffen van sociale zekerheid als dit gebeurt op grondslag van het solidariteitsbeginsel. Dit gaat om een taak van zuiver sociale aard, die gebaseerd is op het beginsel van nationale solidariteit en ieder winst oogmerk mist, aldus het Hof. Het Hof zette de volgende elementen op een rijtje om tot de conclusie te komen dat de betrokken activiteiten, in het kader van een verplicht sociaal verzekeringsstelsel, geen economische activiteit inhielden: de activiteit ver-

¹⁷⁷ Voor een gedetailleerde analyse van deze vraag: Buendía Sierra 1999, p. 43-62 en 275-276.

¹⁷⁸ Baquero Cruz 2005, p. 182.

¹⁷⁹ Buendía Sierra 1999, p. 282.

¹⁸⁰ Sauter & Schepel 2007, p. 63-66.

¹⁸¹ HvJ EU 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, par. 22 (*Höfner en Elser*).

¹⁸² HvJ EU 19 januari 1994, nr. C-364/92, *Jur.* 1994, p. 43, par. 30 (*Eurocontrol*).

vult een puur sociale functie, is gebaseerd op het principe van solidariteit en is niet op winst gericht. Het niveau van uitkeringen is in de wet vastgelegd en onafhankelijk van de hoeveelheid bijdragen van de verzekerden.¹⁸³ De jurisprudentie op dit punt is nog volop in ontwikkeling.¹⁸⁴

In de zaak *Albany* stond ook een sociale zekerheidszorg centraal, maar kwam het Hof wel tot een kwalificatie van de betrokken sociale zekerheidsdiensten als economische activiteiten. Het ging om een aanvullende pensioenregeling waaraan bedrijven verplicht waren deel te nemen (met een paar wettelijke uitzonderingen) terwijl sprake was van concurrentie met andere verzekeraars. Voorts was de verzekering niet gebaseerd op het solidariteitsbeginsel maar op het kapitalisatiebeginsel en bepaalde het pensioenfonds zelf de hoogte van de premies en uitkeringen. Dat het bedrijf geen winst maakte en dat een zekere mate van solidariteit aanwezig was, bleek onvoldoende grond om te concluderen dat het niet om economische activiteiten zou gaan en het bedrijf daarmee geen onderneming was.¹⁸⁵

Buendía Sierra is kritisch over deze verfijning en versoepeling van het *Höfner*-criterium. Hij is van mening dat het criterium zoals aanvaard in *Höfner* het meest geschikt is omdat het is gebaseerd op de objectieve aard van de activiteit in plaats van op het regime dat in een lidstaat in de praktijk van toepassing is op de activiteit. Omdat de wijze van organisatie in de verschillende lidstaten verschillend kan zijn, is het volgens hem moeilijk om dit als een basis te gebruiken voor een EG-definitie. Bovendien is nog wel een uitzondering mogelijk op grond van artikel 106, tweede lid, VWEU. Vanuit een consistentieoogpunt van het EU-recht bezien, valt deze benadering toe te juichen. De vraag is echter of dit de meest vruchtbare benadering oplevert. Ten eerste kunnen vrijwel alle diensten ook door private ondernemingen worden uitgevoerd. Ook politietaken en het beheren van gevangenen zouden dan bijvoorbeeld als economische activiteiten kunnen worden bestempeld. Hoewel een objectieve definitie doorgaans te prefereren is boven maatstaven die afhankelijk zijn van de wijze waarop een lidstaat bepaalde diensten organiseert, is het bij DAEB, vanwege het traditionele staatsingrijpen, zeer moeilijk om dit los te zien.

De lidstaten worden door EU-recht al in toenemende mate beperkt in de keuzes die zij kunnen maken. Naar mijn mening is het een goede ontwikkeling dat het doorgaans zeer teleologisch interpreterende Hof oog blijkt te hebben voor de eigenheid van nationale tradities, zeker als het gaat om diensten waarbij het algemeen belang in het geding is. Uiteraard levert dit drempels op op de weg naar een gemeenschappelijke interne markt, maar is het nu zo storend voor deze interne markt dat leren hun drinkwater via de belasting betalen en geen meters in huis hebben? Moet het mededingingsrecht dat door de rechter wordt vastgesteld dan altijd boven het nationale democratische proces gaan, waarin bepaalde keuzes worden gemaakt? Doorgaans moeten deze vragen met ja worden beantwoord. Wanneer echter de lidstaten niet meer door middel van de organisatie van een dienst zouden kunnen bepalen dat een dienst een niet-economisch karakter heeft, wordt de marge die zij hebben om te beslissen over het algemeen belang dat nu juist cultureel verschillend is, tot nihil gereduceerd. Te meer daar door sommigen, en zeker door Buendía Sierra een zeer strikte proportionaliteits-test wordt voorgestaan onder artikel 106, tweede lid, VWEU.¹⁸⁶

¹⁸³ HvJ EU 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637, par. 18-19 (*Poucet et Pistre*), in gelijke zin: HvJ EU 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *Jur.* 2004, p. 2493, par. 51 (*AOK Bundesverband*).

¹⁸⁴ Louri 2005, p. 97.

¹⁸⁵ HvJ EU 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751, par. 80-85 (*Albany*).

¹⁸⁶ Zie nader paragraaf 2.7.

Op grond van de recentere jurisprudentie van het Hof, lijkt het plausibel dat als een lidstaat wenst zijn nutssectoren op basis van solidariteit te laten functioneren, de betrokken activiteit niet als economisch wordt gekwalificeerd door het Hof. Dit is in hoge mate afhankelijk van de organisatie van de betrokken sector. Dit gegeven kan relevant zijn voor sectoren waar nog geen secundaire harmoniserende EG-regelgeving op het gebied van de marktordeening van de sector (veelal liberaliserend) tot stand is gekomen. Deze secundaire regelgeving is in alle in dit onderzoek behandelde sectoren tot stand gekomen, behalve op het terrein van drinkwater.¹⁸⁷ De kwalificatie als niet-economisch hangt dan wel samen met het gegeven of de sector op basis van solidariteit wordt georganiseerd.

Hiermee wordt duidelijk dat als de wetgever van een lidstaat de juridische organisatie aanpast in die zin dat concurrentie mogelijk is, een groot risico bestaat dat daarmee het Europese mededingingsrecht van toepassing is. Dit betekent dat de nationale wetgever die wenst het Europese recht buiten de deur te houden, dit kan organiseren door middel van een bepaalde economische en juridische inrichting van de betrokken sector. Indien wel sprake is van economische activiteiten in nutssectoren, is het van belang te bezien of op deze activiteiten een ander regime van toepassing is dan op 'gewone' economische activiteiten. Hierop wordt in de volgende paragrafen ingegaan.

2.4.3 Artikel 106, eerste lid, VWEU

Artikel 106, eerste lid, VWEU luidt als volgt:

'De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.'

De functie van deze bepaling is te verhinderen dat lidstaten maatregelen nemen die strijdig zijn met het verdrag door wettelijke monopolies in stand te houden.¹⁸⁸ Deze bepaling heeft een slapend bestaan geleid sinds de totstandkoming ervan bij het sluiten van het VWEU. Er werd nauwelijks over geprocedeerd en het kreeg weinig aandacht in de literatuur. Pas vanaf de jaren negentig is dit uitgebreid op gang gekomen.¹⁸⁹

Artikel 106, tweede lid, VWEU richt zich (in tegenstelling tot eerdergenoemde artikelen van het mededingingsrecht) niet tot ondernemingen maar tot lidstaten. Een lidstaat mag op grond hiervan geen regel creëren of in stand laten met betrekking tot openbare bedrijven en ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten toekennen, die in strijd is met de regels van het VWEU, in het bijzonder de artikelen 18 en 101 tot en met 109 VWEU. Hiermee worden de mededingingsregels in beginsel van toepassing verklaard op 'publieke sectoren'. Het gaat immers hetzij om openbare bedrijven, hetzij om bedrijven waarmee de overheid een bijzondere band heeft. Er moet derhalve eerst een schending van een ander artikel uit het VWEU zijn voordat sprake kan zijn van schending van artikel 106, eerste lid, VWEU.

Om de betekenis van dit artikel te bepalen voor ondernemingen in nutssectoren is het van belang een aantal begrippen nader te verhelderen. Ten eerste wordt hierna besproken wanneer sprake is van een publieke onderneming (*public undertaking*, ook wel openbaar be-

¹⁸⁷ Zie voor deze sectoren de hoofdstukken 5 tot en met 8.

¹⁸⁸ Sauter & Schepel 2007, p. 124.

¹⁸⁹ Szyszczak 2007, p. 216.

drijf of overheidsbedrijf genoemd).¹⁹⁰ Vervolgens wordt ingegaan op de toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten.

Zoals er geen definitie in het VWEU staat van het begrip onderneming, staat er ook geen definitie in van het begrip publieke onderneming. Het is in elk geval helder dat de term 'publiek' ziet op het publieke karakter van de betrokken onderneming dat het tegenovergestelde is van het karakter van een private onderneming.

De Commissie heeft het begrip publieke onderneming voor het eerst gedefinieerd in de Transparantierichtlijn.¹⁹¹ Er is sprake van een publieke onderneming als overheden, direct of indirect, een meerderheid van het kapitaal, van de daaraan gerelateerde stemrechten of van de posities van de leidende organen van de onderneming hebben.¹⁹² Niet van belang is of de organisatie onderdeel uitmaakt van het openbaar bestuur van de lidstaat of in een afzonderlijke rechtspersoon is ondergebracht. Door het Hof is deze uitleg van het begrip publieke onderneming bevestigd.¹⁹³ De Transparantierichtlijn definieert overheden als de staat en andere territoriale lichamen.¹⁹⁴ Dit betekent dat niet alleen dat als nationale maar ook als lokale en regionale autoriteiten dominante invloed kunnen uitoefenen op een onderneming, zij een publieke onderneming is.

Zowel een privaatrechtelijke rechtspersoon waarop de overheid dominante invloed uitoefent als een publiekrechtelijke rechtspersoon op afstand van de overheid als een deel van de overheid zelf kunnen derhalve onder dit begrip vallen. Voorts moet de betrokken instelling als een onderneming gekwalificeerd kunnen worden. Hiervoor is van doorslaggevend belang dat economische activiteiten worden uitgeoefend. Dit begrip is hiervoor reeds aan de orde gekomen.

De grote Nederlandse netbeheerders in de energiesector hebben allen de vorm van een naamloze vennootschap. De aandelen in deze vennootschappen worden nagenoeg allemaal gehouden door lokale en regionale overheden. Het transporteren van gas en elektriciteit is een economische activiteit en daarom kwalificeren deze energiebedrijven als ondernemingen. Tezamen hebben de overheden als aandeelhouders een dominante invloed in de zin van de aangehaalde definitie. De energiebedrijven kunnen derhalve worden gekwalificeerd als 'publieke onderneming' in de zin van artikel 106, eerste lid, VWEU. Deze ondernemingen vallen derhalve in beginsel onder de toepassing van het EG-mededingingsrecht.

Men kan zich afvragen of op EG-niveau een voorkeur bestaat voor het hanteren van een publieke of een private onderneming. Uiteraard verhoudt het idee van een private onderneming zich immers uiteindelijk beter met concurrentie en marktwerking dan een publieke onderneming. Een publieke onderneming wordt niet in dezelfde mate afgerekend op inefficiënt on-

¹⁹⁰ In het VWEU, secundaire regelgeving, de jurisprudentie en in navolging daarvan in de literatuur wordt zowel de term openbaar bedrijf als de term overheidsbedrijf gebruikt voor hetzelfde begrip. Hier wordt er voor de eenduidigheid voor gekozen om één term te hanteren die deze beide termen omvat: publieke onderneming.

¹⁹¹ Art. 2 Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 (*PbEG* 1980, L 195/35), gewijzigd bij Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (*PbEG* 2005, L 312/47, Transparantierichtlijn).

¹⁹² Zie ook art. 2 lid 1 sub b Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water-en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEG* 2004, L 134/1) waar de term 'overheidsbedrijf' wordt gebruikt met dezelfde betekenis.

¹⁹³ HvJ EU 16 juni 1987, nr. 118/85, *Jur.* 1987, p. I-2599, par. 8 (*Transparency Directive*).

¹⁹⁴ Art. 2 Transparantierichtlijn.

dernemerschap omdat de overheid altijd een belangrijke invloed houdt en daarom de onderneming zou kunnen redden.

In artikel 345 VWEU staat dat het VWEU de regeling van het eigendomsrecht in lidstaten onverlet laat. Vaak wordt ook in richtlijnen liberalisering voorgeschreven, maar privatisering niet. De betekenis van dit artikel moet echter sterk gerelativeerd worden. Omdat in het EU-recht geen onderscheid wordt gemaakt tussen publieke of private ondernemingen in het mededingingsrecht, hetgeen in artikel 106, eerste lid, VWEU duidelijk naar voren komt, heeft het eigendomsrecht van de overheid niet tot gevolg dat bepaalde regels niet van toepassing zijn. Bovendien zijn op grond van artikel 37 VWEU commerciële staatsmonopolies verboden. Dit leidt tot de conclusie dat lidstaten inderdaad zelf mogen bepalen of een onderneming in overheidshanden blijft of niet, maar dat de wijze waarop wordt omgegaan met de eigendom voorwerp is van EU-rechtelijke controle.

De tweede categorie waarop het eerste lid van artikel 106, eerste lid, VWEU ziet, wordt gevormd door ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend. Deze categorie ziet op ondernemingen die een bijzondere, zowel afhankelijke als geprivilegieerde, relatie met de staat hebben, zonder dat de staat ook eigenaar is. In een wijziging van de hiervoor aangehaalde Transparantierichtlijn zijn deze begrippen door de Commissie gedefinieerd.

Onder uitsluitende rechten worden verstaan: 'rechten die door een lidstaat aan een onderneming worden verleend bij een wetgevend of bestuursrechtelijk besluit, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen'.¹⁹⁵ Het gaat bij uitsluitende rechten om het verschaffen van monopolie door een overheidsbesluit.

Bijzondere rechten vormen een lastiger categorie die wordt omschreven in de Transparantierichtlijn. Het komt erop neer dat het gaat om rechten waarmee een beperkt aantal ondernemingen wordt belast, door middel van juridische of bestuursrechtelijke instrumenten. Hiermee wordt het aantal ondernemingen aan wie is toegestaan om de betrokken activiteiten te ondernemen beperkt.¹⁹⁶ Het is nog niet helder of deze definitie van de Commissie houdbaar is aangezien het Hof hierover nog geen jurisprudentie heeft gewezen. In het vervolg wordt de bespreking dan ook beperkt tot de toekenning van exclusieve rechten.

Artikel 106, tweede lid, VWEU is pas aan de orde als een ander verdragsartikel is geschonden. Zo wordt dit artikel doorgaans tezamen met artikel 82 inzake het misbruiken van een machtspositie gezien.¹⁹⁷ Het komt daarom pas in beeld wanneer niet alleen sprake is van een machtspositie, maar deze ook wordt misbruikt. Er is sprake van een machtspositie indien een exclusief recht zich uitstrekt over het grondgebied van een lidstaat. Dit wordt door het Hof gezien als een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt zoals bedoeld in artikel 102 VWEU.¹⁹⁸ De vraag rijst of het toekennen van exclusieve rechten op zichzelf al machtsmisbruik oplevert en daarmee in strijd is met artikel 106, eerste lid, VWEU. De jurisprudentie van het Hof is op dit punt niet geheel helder. Het Hof heeft in ieder geval aangenomen dat het exclusieve recht onvermijdelijk leidt tot misbruik van een machtspositie wanneer een onderneming waaraan een exclusief recht is verleend, niet in staat is om te voldoen aan de vraag in

¹⁹⁵ Art. 2 lid 1 sub f Transparantierichtlijn.

¹⁹⁶ Art. 2 lid 1 sub g Transparantierichtlijn.

¹⁹⁷ De gecombineerde toepassing van art. 106, eerste lid en art. 101 (verbod van kartel) is nauwelijks gebruikt.

¹⁹⁸ HvJ EU 9 november 1983, *Jur.* 1983, p. 3461, par. 5 (*Michelin*) en HvJ EU 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, par. 28 (*Höfner en Elser*).

de markt¹⁹⁹ en wanneer sprake is van belangenstrengeling tussen de regulerende taken en commerciële doelen van een bedrijf.²⁰⁰

Het Hof heeft bepaald dat normaal gesproken de toekenning van exclusieve of bijzondere rechten niet *per se* wordt gezien als een inbreuk op artikel 106, eerste lid, VWEU maar er wordt niettemin een inbreuk geconstateerd 'wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin deze onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht'.²⁰¹ Niet alleen werkelijk misbruik maar dus ook potentieel misbruik wordt door het Hof als inbreuk gezien.

Later in *Corbeau* leek het Hof ervan uit te gaan dat een exclusief recht wel degelijk automatisch leidt tot het aannemen van misbruik van een machtspositie. In deze zaak ging het Hof helemaal niet in op de vraag of sprake was van misbruik van machtspositie. Het beperkte zich tot de stelling dat het de lidstaten verboden is maatregelen tot stand te brengen of te handhaven die aan artikel 102 het nuttig effect kunnen ontnemen. Vervolgens ging het over tot de toepassing van de uitzondering op het verbod van artikel 106, tweede lid, VWEU (hetgeen impliceert dat het Hof het verbod aannam).²⁰² In de literatuur wordt dit de *automatic abuse theory* genoemd.²⁰³

Op basis van de jurisprudentie wordt in de literatuur aangenomen dat er drie verschillende gevallen zijn waarin maatregelen van staten een inbreuk kunnen vormen op artikel 106, eerste lid, tezamen met artikel 102 VWEU. Ten eerste is hiervan sprake bij maatregelen die leiden tot misbruik en ten tweede bij maatregelen die leiden tot potentieel misbruik. Deze twee tezamen worden wel aangeduid als de *behaviour doctrine*. Er wordt nog een derde categorie onderscheiden: maatregelen die vergelijkbare effecten hebben als die van machtsmisbruik, vormen ook een inbreuk op artikel 102 VWEU. Dit wordt wel aangeduid als de *effects doctrine*.²⁰⁴ De hiervoor aangehaalde zaak *Corbeau* wordt wel gezien als een toepassing van deze laatste leer.²⁰⁵

Het is inmiddels gevestigde jurisprudentie dat de eerste twee categorieën gevallen leiden tot een inbreuk van artikel 106, eerste lid, en 102 VWEU.²⁰⁶ Als gevallen in de derde categorie als gevolg van de zogenaamde *effects doctrine* ook allemaal zouden worden gezien als een inbreuk, is de ruimte voor lidstaten om exclusieve rechten toe te kennen bijzonder beperkt. Maillo beargumenteert dat deze laatste categorie voor bepaalde gevallen kan leiden tot het vaststellen van een inbreuk op deze twee artikelen. Hij geeft hiervoor als voorbeeld het effect dat de dominante positie wordt uitgebreid naar een aangrenzende markt.²⁰⁷ In een aantal gevallen is door het Hof aangenomen dat een uitbreiding van een machtspositie naar

¹⁹⁹ HvJ EU 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, par. 30-31 (*Höfner en Elser*).

²⁰⁰ HvJ EU 13 december 1991, nr. C-18/88, *Jur.* 1991, p. I-5941, par. 18 e.v. (*RTT*).

²⁰¹ HvJ EU 10 december 1991, nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889, par. 17 (*Merci*).

²⁰² HvJ EU 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* p. I-2533, par. 11 (*Corbeau*).

²⁰³ Craig & De Búrca 2008, p. 1078-1079, Baquero Cruz 2005, p. 191, Hancher 1999, p. 728 en Maillo 2007, p. 599.

²⁰⁴ Maillo 2007, p. 599-601, zie ook Buendía Sierra 2007, p. 606-607, 612 noemt het de *effects* en de *behaviour theory*.

²⁰⁵ Buendía Sierra 2007, p. 613.

²⁰⁶ Voor daadwerkelijk misbruik: HvJ EU 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1998, p. 2479, par. 33 (*Bodson*) en nr. C-179/90, par. 19 (*Merci*). Voor potentieel misbruik: HvJ EU 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751, par. 112-117 (*Albany*).

²⁰⁷ Maillo 2007, p. 602-603.

een aangrenzende markt als effect voldoende grond vormt voor het constateren van een inbreuk op artikel 106, eerste lid en 102 VWEU.²⁰⁸

Hoewel het Hof in *Crespelle*²⁰⁹ weer de *behaviour doctrine* lijkt toe te passen, hanteert het in *Dusseldorp*²¹⁰ en *Deutsche Post*²¹¹ impliciet dezelfde redenering als in *Corbeau*, de *effects doctrine*. Het Hof oordeelt dat het exclusieve recht in beginsel onverenigbaar is met EU-recht, tenzij het wordt gerechtvaardigd omdat het noodzakelijk is voor een dienst van algemeen belang onder artikel 106, tweede lid, VWEU. Hoewel het Hof stelt dat exclusieve rechten niet per se onverenigbaar zijn met artikel 106, eerste lid, VWEU onderzoekt het hier niet of wel sprake is van misbruik van een machtspositie, maar past het zonder omhaal de uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU toe. In *Sydhavnens* stelt het Hof expliciet dat het verlenen van een exclusief recht nog geen misbruik van machtspositie hoeft op te leveren. Het bespreekt hier wel de argumenten voor en tegen misbruik maar gaat dan vervolgens wederom direct over tot het bespreken van de uitzondering van artikel 106, tweede lid, hetgeen eenzelfde benadering oplevert als in *Corbeau*, *Dusseldorp* en *Deutsche Post*.²¹²

Uit deze analyse volgt dat het Hof nog geen duidelijke keuze lijkt te hebben gemaakt tussen de *behaviour doctrine* en de *effects doctrine*.²¹³ Als het Hof de *effects doctrine* omarmt, leidt dit praktisch tot het aannemen van de *automatic abuse doctrine*. Als het Hof het zou houden op de *behaviour doctrine* kan niet worden gesproken van een *automatic abuse doctrine*. Hoewel het Hof steeds stelt dat de verlening van een exclusief recht in beginsel verenigbaar kan zijn met artikel 106, eerste lid, VWEU gaat het er zelf in de jurisprudentie impliciet vanuit dat sprake is van onverenigbaarheid, door zonder omhaal de uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU toe te passen. De uitzondering hoeft echter pas te worden toegepast als de regel is geschonden. Er moet daarom vooralsnog vanuit worden gegaan dat de verlening van een exclusief recht gerechtvaardigd moet zijn op grond van artikel 106, tweede lid, VWEU. Naar mijn mening is daarmee in feite sprake van een *automatic abuse doctrine*.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het verlenen van een exclusief recht in strijd is met artikel 106, eerste lid en artikel 102 VWEU. Dit betekent dat het verlenen van een exclusief recht uitsluitend mogelijk²¹⁴ verenigbaar is met het mededingingsrecht als de houder van het recht is belast met een DAEB. Lidstaten worden aanzienlijk beperkt in het gebruiken van een onderneming om bepaalde beleidsdoelen te bereiken. Het is uitsluitend mogelijk dit instrument te gebruiken bij het reguleren van DAEB.

2.4.4 Artikel 106, tweede lid, VWEU

In beginsel vormt artikel 106, tweede lid, VWEU een uitzondering op de regels van het mededingingsrecht. Ten aanzien van het kartelverbod (artikel 101 VWEU) speelt artikel 106, tweede lid, VWEU, echter geen belangrijke rol in de jurisprudentie. Voor het verbod van misbruik

²⁰⁸ Zie onder andere HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089, par. 40-43 (*Ambulanz Glöckner*) en HvJ EU 13 december 1991, nr. C-18/88, *Jur.* 1991, p. I-5941, par. 37 (*RTT*).

²⁰⁹ HvJ EU 5 oktober 1994, nr. C-323/93, *Jur.* 1997, p. I-5077, par. 18 (*La Crespelle*).

²¹⁰ HvJ EU 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075, par. 61-65 (*Dusseldorp*).

²¹¹ HvJ EU 10 februari 2000, gevoegde zaken C-147 en 148/97, *Jur.* 2000, p. I-825, par. 39-41 (*Deutsche Post*).

²¹² HvJ EU 23 mei 2000, nr. C-208/98, *Jur.* 2000, p. I-3743, par. 66-77 (*Sydhavnens*).

²¹³ Zie ook Buendía Sierra 2007, p. 615.

²¹⁴ Afhankelijk van de overige voorwaarden gesteld op grond van art. 106 lid 2 VWEU, die hierna worden besproken.

van een machtspositie (artikel 102 VWEU) is de uitzondering van veel groter belang gebleken.²¹⁵

Artikel 106, tweede lid, VWEU luidt als volgt:

‘De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.’

Deze bepaling heeft als doel om een balans te vinden tussen het doel van de EG om een gemeenschappelijke markt te creëren enerzijds en de nationale publieke belangen anderzijds. Dit is een voorbeeld van de tweede variant van de in de inleiding gehanteerde driedeling van het omgaan met de spanning tussen de markt en publieke belangen. Het EU-recht is in beginsel van toepassing behoudens gerechtvaardigde uitzonderingen.

Anders dan in het eerste lid wordt in het tweede lid van artikel 106 VWEU niet gerefereerd aan lidstaten maar aan ondernemingen: ondernemingen die zijn belast met een DAEB of met een fiscaal monopolie vallen onder de regels van het VWEU. De werkingssfeer van dit artikellid is echter ruimer dan de normadressaat, te weten de ondernemingen. De ondernemingen in kwestie nemen commerciële beslissingen maar staan tegelijkertijd onder al dan niet directe publieke invloed. Om deze reden is het noodzakelijk dat de werking zich mede uitstrekt tot de autoriteiten die de ondernemingen belasten met het beheer van deze diensten. De ondernemingen vormen derhalve niet zozeer de normadressaat als wel het onderwerp van de bepaling.²¹⁶

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU – omdat het een uitzondering is – strikt moet worden geïnterpreteerd,²¹⁷ hetgeen het Hof en in navolging daarvan het Gerecht ook meerdere malen in de jurisprudentie heeft herhaald.²¹⁸

De functie van fiscale monopolies, genoemd in de eerste volzin van artikel 106, tweede lid, VWEU is niet het verrichten van bepaalde diensten. Fiscale monopolies hebben derhalve geen directe relatie met diensten verricht in nutssectoren. Bovendien heeft in de jurisprudentie ook de nadruk gelegen op de verrichting van DAEB.²¹⁹ Hier zal daarom uitsluitend worden ingegaan op ondernemingen die zijn belast met DAEB.

Artikel 106, tweede lid, VWEU werkt op verschillende manieren. Het richt zich, als gezegd, tot ondernemingen. Net als de meeste andere verdragsbepalingen betreffende mededingingsrecht heeft dit artikel rechtstreekse werking. Voor zover het gaat om een onderneming die in strijd handelt met een ander verdragsartikel, bijvoorbeeld artikel 101 VWEU, het kartelverbod, kan deze onderneming rechtstreeks een beroep doen op artikel 106, tweede lid,

²¹⁵ Buendía Sierra (1999), p. 189-190 en 261-267.

²¹⁶ Baquero Cruz 2005, p. 173-174.

²¹⁷ Buendía Sierra 2006, p. 543.

²¹⁸ Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 27 april 1994, nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477, par. 33-50 (*Almelo*), GvEA 19 juni 1997, nr. T-260/94, *Jur.* 1997, p. II-997, par. 135 (*Air Inter*).

²¹⁹ Szyszczak 2007, p. 112.

VWEU. Een andere toepassing van deze bepaling wordt gevormd door het recht voor de lidstaat dat hierin staat opgenomen om een speciaal regime te creëren voor de belaste onderneming. Dit is een recht van de lidstaat, maar geen plicht. Dit betekent dat een onderneming geen beroep op artikel 106, tweede lid, VWEU kan doen als de lidstaat besluit tot liberalisering over te gaan of liberaliseert in een mate die verdergaat dan wat in secundaire regelgeving wordt bepaald.²²⁰

Hieruit volgt een belangrijke conclusie over de vrijheid van lidstaten in de EG bij het reguleren van nutssectoren. Ten eerste is het mogelijk voor lidstaten om een regime te creëren, waarbij een onderneming wordt belast met een exclusieve taak om DAEB te verrichten, waarvoor een uitzondering op het mededingingsrecht kan worden gemaakt. Ten tweede kwam naar voren dat het de lidstaten vrij staat om verder te gaan dan wat EG-regelgeving vereist. Hiermee wordt bedoeld een verdergaande mate van liberalisering en marktwerking invoeren. Een lidstaat mag dus gebruik maken van de mogelijkheden om af te wijken van het mededingingsrecht die deze bepaling biedt, maar zij is dit geenszins verplicht.

Een belangrijk punt hierbij is dat als een lidstaat overgaat tot verdergaande liberalisering en een andere lidstaat artikel 106, tweede lid, VWEU gebruikt om exclusieve rechten toe te kennen, de eerste hiervan de dupe kan worden omdat de laatste zijn eigen markt afschermt.

Zo is de (door de EU verplichte) liberalisering van de postmarkt eerder uitgesteld in Nederland omdat in Duitsland de voormalige monopolist werd bevoordeeld.²²¹ Dit zou de laatste immers een concurrentievoordeel geven op de Nederlandse markt.

Zo wordt een lidstaat door praktische en niet door juridische argumenten er toch van weerhouden om verder te gaan dan andere lidstaten.

Net als in het eerste lid worden hier de mededingingsregels in beginsel van toepassing verklaard op ondernemingen die zijn belast met DAEB. De onverkorte toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen belast met DAEB lijdt echter uitzondering wanneer de toepassing van deze regels de hun toevertrouwde taak verhindert. Aan deze uitzondering is door het Hof een toets gekoppeld die doorgaans als proportionaliteitstest wordt aangeduid. Ten slotte gaat deze uitzondering niet op wanneer de ontwikkeling van het handelsverkeer wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de gemeenschap.

De toepassing van artikel 106, tweede lid kan in drie vragen worden onderverdeeld: 1. Gaat het om een onderneming belast met een DAEB?, 2. Verhindert de toepassing van de mededingingsregels de daaraan toevertrouwde taak (proportionaliteitstest)? 3. Is sprake van strijd met het belang van de gemeenschap (uitzondering op de uitzondering)? Hierna worden deze drie stappen achtereenvolgens behandeld.

a. Is sprake van een onderneming belast met een DAEB?

Deze eerste stap kan weer in drie delen worden onderverdeeld: er moet sprake zijn van i) *een onderneming*, die moet zijn ii) *belast met* iii) *een DAEB*. Het Hof heeft herhaaldelijk benadrukt dat het begrip van een 'met DAEB belaste onderneming' restrictief moet worden geïnterpreteerd, daar het in artikel 106, tweede lid, VWEU gaat om een uitzondering op de regel dat het

²²⁰ Zie Hirsch, Montag & Säcker 2008, p. 1304-1305.

²²¹ Hier was overigens geen sprake van een vrijwillige liberalisering, maar vindt deze plaats op grond van een EG-richtlijn. Niettemin toont dit voorbeeld aan dat lidstaten op elkaar wachten, zelfs in situaties waarin zij juridisch gehouden zijn om te liberaliseren, laat staan wanneer zij dit vrijwillig doen.

mededingingsrecht van toepassing is. Niettemin wordt in de literatuur betoogd dat aan deze uitzondering autonome betekenis toe zou kunnen komen.²²²

Hiervoor is al ingegaan op het begrip onderneming²²³ en op de kenmerken van DAEB.²²⁴ Hier wordt behandeld wanneer sprake is van *belasting* van een onderneming.

Een onderneming wordt met DAEB belast (*entrusted*) als sprake is van specifieke sturing door een overheidsorgaan. Dit kan een overheidsorgaan op een nationaal, regionaal of lokaal niveau zijn.²²⁵ Er moet derhalve sprake zijn van een overheidshandeling waaruit volgt dat het verrichten van een DAEB wordt opgelegd. Hiervoor is geen vaste juridische vorm vereist, maar moet sprake zijn van een *act of public authority*.²²⁶ Ook een publiekrechtelijke concessieovereenkomst voldoet bijvoorbeeld aan deze eis.²²⁷ Of een privaatrechtelijk contract ook aan deze eis voldoet, is voor discussie vatbaar.²²⁸ Aangezien een privaatrechtelijk instrument behoort tot de standaarduitrusting van de regulerende overheid, valt mijns inziens niet in te zien waarom deze categorie per se zou worden uitgezonderd. Het is een uitdrukkelijke wijze van het belasten van een onderneming met een DAEB. Buiten kijf staat immers dat een gewoon contract van de overheid om iemand een economische activiteit zonder algemeen belang te laten verrichten niet onder het bereik van artikel 106, tweede lid, VWEU valt.

Een eenvoudige toestemming vooraf of een goedkeuring achteraf van de staat om een bepaalde dienst te leveren wordt niet gezien als '*entrustment*'.²²⁹ Het is van belang dat de betrokken onderneming individueel wordt verplicht om een bepaalde dienst te leveren (die zij zelf niet of niet op deze manier zou hebben verricht) en dat deze verplichting door de autoriteiten kan worden afgedwongen.²³⁰ Verder moet duidelijk omschreven zijn wat de DAEB inhoudt. Deze omschrijving is van belang voor de proportionaliteitstest die het Hof toepast in de tweede stap. Het komt erop neer dat een overheidsorgaan op verschillende manieren een DAEB kan toewijzen: door een wet, een ministeriële regeling, een beschikking of het aangaan van een overeenkomst.

b. Verhindert de toepassing van de mededingingsregels de toevertrouwde taak (proportionaliteitstest)

Als sprake is van een onderneming belast met een DAEB moet worden beoordeeld of de toepassing van de mededingingsregels de aan de onderneming toevertrouwde taak (het verrichten van DAEB) zou verhinderen. Als sprake is van hinder, is een uitzondering op de toepassing van de mededingingsregels immers gerechtvaardigd. Het Hof heeft in haar jurisprudentie steeds benadrukt dat de uitzondering restrictief moet worden geïnterpreteerd, omdat het een uitzondering op de regel is dat het mededingingsrecht van toepassing is op onderne-

²²² Szyszczak 2007, p. 216.

²²³ Zie paragraaf 2.2.4.

²²⁴ Zie paragraaf 2.2.2-2.2.3.

²²⁵ Beschikking 82/371/EEG van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EVWEU (*PbEG* 1982, L 167/39, par. 65, *Navewa/Anseau*).

²²⁶ Voor het eerst vastgesteld in HvJ EU 27 maart 1974, nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313, par. 20 (*Belgische Radio en Televisie/SV SABAM and NV Fonior*).

²²⁷ HvJ EU 27 april 1994, nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477, par. 47 (*Almelo*).

²²⁸ Buendía Sierra 2007, p. 630.

²²⁹ Beschikking 81/1030/EEG van de Commissie van 29 oktober 1981 inzake een procedure op grond van artikel 106 VWEU (*PbEG* 1981, L 370/49, par. 66) en beschikking 58/77/EEG van de Commissie van 10 december 1984 (*PbEG* jaartal, L 35/43, par. 29).

²³⁰ Hirsch, Montag & Säcker 2008, p. 1294.

mingen.²³¹ In beginsel heeft de partij die een beroep doet op artikel 106, tweede lid, VWEU daarom de bewijslast.

Het Hof heeft in haar jurisprudentie een proportionaliteitstest ontwikkeld om antwoord te geven op de vraag of sprake is van dusdanige hinder dat een uitzondering op de mededingingsregels gerechtvaardigd is. In de vroege jurisprudentie was deze test streng. In een serie zaken betreffende energiemonopolies in Nederland, Frankrijk en Italië die voor het Hof zijn gebracht door de Commissie, heeft het Hof deze test opnieuw geformuleerd. Het is aan de partij die een beroep doet op de bepaling om aan te tonen dat de exclusieve rechten noodzakelijk zijn om de houder in staat te stellen de toebedeelde DAEB uit te voeren onder 'economisch acceptabele voorwaarden'.²³² De verhindering hoeft niet van dien aard te zijn dat de onderneming door de toepassing van het mededingingsrecht in haar voortbestaan zou worden bedreigd.²³³ Verder is de bewijslast die op de lidstaat rust niet van dien aard dat moet worden aangetoond dat geen enkele andere wijze denkbaar zou zijn om de betrokken taak uit te oefenen onder dezelfde voorwaarden.²³⁴ Op deze toets, en de betekenis ervan voor de grenzen die de nationale wetgever in acht moet nemen bij de regulering van nutssectoren, wordt dieper ingegaan in 2.7.

c. is sprake van strijd met het belang van de gemeenschap?

Artikel 106, tweede lid, VWEU bepaalt in de tweede zin dat de uitzondering niet kan opgaan als sprake is van ontwikkelingen in het handelsverkeer die het belang van de EG zouden schaden. Het is nog onduidelijk welke betekenis hieraan precies moet worden gegeven. Een beroep op deze bepaling is nog nooit afgewezen op deze grondslag terwijl aan de eerste volzin van artikel 106, tweede lid wel was voldaan.²³⁵ Met name staat ter discussie of aan dit criterium zelfstandige betekenis toekomt of dat het een kwalificatie vormt van de vraag of sprake is van verhindering.²³⁶

2.4.5 Artikel 106, derde lid, VWEU

Artikel 106, derde lid, VWEU luidt als volgt:

'De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten.'

De Commissie krijgt in deze bepaling de bevoegdheid om door middel van richtlijnen of beslissingen gericht tot lidstaten de toepassing van artikel 106 te verzekeren. Dit is een van de weinige bepalingen in het VWEU die aan de Commissie een rechtstreekse wetgevende bevoegdheid geeft. Hiervan heeft zij gebruik gemaakt om de eerste richtlijn tot liberalisering

²³¹ Zie bijvoorbeeld in: HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699, par. 37 (*Commissie/Nederland*).

²³² HvJ EU 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* p. I-2533, par. 19 (*Corbeau*).

²³³ HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699, par. 52 (*Commissie/Nederland*).

²³⁴ HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699, par. 58 (*Commissie/Nederland*), HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-158/94, *Jur.* 1997, p. I-5789, par. 54 (*Commissie/Italië*) en HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Jur.* 1997, p. I-5815, par. 101 (*Commissie/Frankrijk*).

²³⁵ Zie Hirsch, Montag & Säcker 2008, p. 1300, noot 339.

²³⁶ Voorstander van deze laatste visie is Baquero Cruz, zie: Baquero Cruz 2005, p. 173.

van de telecommunicatiesector tot stand te brengen. Dit heeft op zoveel weerstand gestuit bij de lidstaten dat andere richtlijnen om nutssectoren te liberaliseren en harmoniseren via de normale wetgevingsprocedure van de EG tot stand zijn gekomen, waarbij de Raad en het Europees Parlement ook betrokken zijn.

2.4.6 Slotsom

Artikel 106, VWEU speelt een cruciale rol bij de regulering van nutssectoren. Het biedt een kader waarbinnen de lidstaten een zekere vrijheid hebben om DAEB te reguleren op een wijze die afwijkt van het strenge EU-rechtelijke mededingingsregime.

Een centraal begrip in het mededingingsrecht is de 'onderneming'. Hieronder vallen alle entiteiten, onafhankelijk van een nationaalrechtelijke kwalificatie als privaat- of publiekrechtelijk, voorzover zij economische activiteiten verrichten. Er is sprake van een economische activiteit als diensten worden aangeboden tegen vergoeding, de entiteit hiervoor het financiële risico draagt en ze (tenminste potentieel) in concurrentie aanbiedt. Op het moment dat een lidstaat bij de organisatie van een bepaalde activiteit zou uitgaan van het solidariteitsbeginsel, zou het mededingingsrecht niet van toepassing zijn omdat de activiteit niet wordt beschouwd als economisch. Ook publieke ondernemingen vallen onder de toepassing van het mededingingsrecht.

Op de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op ondernemingen kan voor bepaalde soorten ondernemingen een uitzondering worden gemaakt. Deze uitzondering staat in artikel 106, tweede lid, VWEU en is van toepassing op ondernemingen die zijn belast met DAEB. Deze uitzondering heeft rechtstreekse werking. Een onderneming kan hierop rechtstreeks een beroep doen (niet tegenover de in verdergaande mate liberaliserende lidstaat), maar de lidstaat kan er ook het recht aan ontlelen om een sector op een bepaalde wijze te organiseren.

Voor de uitzondering op het mededingingsrecht is ten eerste van belang dat het inderdaad gaat om DAEB. Niet alle diensten verricht in nutssectoren zijn DAEB. In het algemeen kan worden gezegd dat bepaalde diensten die in nutssectoren worden geleverd DAEB zijn (zie 2.2). Dit betekent dat als de betrokken onderneming ook een andere dienst biedt, die niet als DAEB kan worden gekwalificeerd, een uitzondering op het mededingingsrecht voor die dienst niet zonder meer mogelijk is. Op deze situatie wordt hierna nader ingegaan omdat deze situatie zich voordoet bij kruissubsidiëring en staatssteun (2.5).

Ten tweede is van belang dat de betrokken onderneming daadwerkelijk met de dienst wordt belast door een *act of authority*. Dit betekent dat altijd een uitdrukkelijk en juridisch instrument moet worden benut om de onderneming met de DAEB door middel van ODV en/of UDV te belasten. Alleen in dat geval kan een uitzondering op het mededingingsrecht gerechtvaardigd zijn. Dit beperkt de mogelijkheden van de lidstaten om gebruik te maken van een instrument als vrijwillige zelfregulering. Ook van publiek aandeelhouderschap als instrument kan worden gezegd dat dit op gespannen voet staat met dit vereiste. Omdat een onderneming moet worden belast op een officiële en juridische wijze wordt duidelijk dat de overheid een nadrukkelijke rol moet spelen op grond van het Europese recht, wil een beroep op de uitzondering slagen.

Ten derde past het Hof een proportionaliteitstest toe. Hieruit volgt dat een onderneming mag worden belast met een exclusief recht om DAEB te leveren als de toepassing van de mededingingsregels ertoe zou leiden dat de betrokken onderneming de taak niet kan uitoefenen onder economische acceptabele voorwaarden. Of hiervan sprake is, dient de natio-

nale rechter vast te stellen. Hiermee zal een lidstaat rekening moeten houden. Als een DAEB in een nutssector prima kan worden geleverd tegen economisch acceptabele condities, mag de lidstaat niet ingrijpen door het verlenen van een exclusief recht. Voordat tot regulering besloten wordt, zal derhalve altijd getest moeten worden in hoeverre de dienst tegen economisch acceptabele voorwaarden kan worden geleverd.

Ook het kader van artikel 106, tweede lid, VWEU (net als het kader van het vrije verkeer) is onder te brengen in de inleiding van dit hoofdstuk besproken tweede variant in het omgaan met de spanning tussen markt en publieke belangen. In dit geval geldt het EG-mededingingsrecht voor ondernemingen expliciet onverkort voor alle ondernemingen, maar kunnen voor ondernemingen die zijn belast met het verrichten van DAEB uitzonderingen worden gemaakt.

Dit kader is overigens niet verplicht, lidstaten mogen ook verdergaand liberaliseren dan is vereist onder het EG-regime. Zij zijn niet gehouden een uitzondering te maken op grond van artikel 106, tweede lid. Deze stelling gaat op voorzover geen specifieke doelen en eisen ten aanzien van DAEB worden gesteld in het secundaire EU-recht.

2.5 Betekenis staatssteunverbod voor nutssectoren

2.5.1 Inleiding

In een toenemend concurrerende en globaliserende wereld, bestaan economische en politieke prikkels voor staten om de eigen markt te bevoordelen. Hierdoor worden de voordelen van de economische integratie ondermijnd, omdat de bevoordeling van bepaalde ondernemingen leidt tot een oneerlijke positie voor concurrenten en potentiële markttoetreders. Dit is de ratio van het staatssteunverbod. Toch is onmiskenbaar dat in sommige gevallen vanwege publieke belangen die de markt niet kan borgen, steun van de staat aan bepaalde ondernemingen aangewezen is. De staatssteunregels zoals op grond van het VWEU ontwikkeld door de Commissie en het Hof trachten deze uitersten met elkaar te verenigen op een wijze die recht doet aan de gemeenschappelijke markt maar ook aan de publieke belangen die in bepaalde sectoren een belangrijke rol spelen. Deze afweging vindt plaats onder invloed van een bepaalde politieke ideologie. Daarvan hangt af of en in hoeverre de balans doorslaat naar de markt of naar de mogelijkheid van publiek ingrijpen. In deze paragraaf zal blijken hoeveel ruimte de lidstaat nog heeft om door middel van een vorm van steun in te grijpen in de eigen economie, meer in het bijzonder in de nutssectoren.

Lange tijd was het staatssteunverbod de zogenaamde *Cinderella* van het mededingingsrecht. Sinds de jaren negentig heeft deze bepaling, mede door liberalisering en toenemende aandacht van grensoverschrijdende concurrenten voor elkaar, aan kracht gewonnen. Het is een belangrijk instrument geworden in het beheersen van staatsingrijpen in de economie.²³⁷

Het staatssteunverbod is van groot belang voor het reguleren van nutssectoren, omdat nu juist in (onderdelen van) deze sectoren niet altijd voldoende rendement is en de dienst niet of niet op dezelfde wijze zou worden verricht als deze volledig aan de markt wordt overgelaten. Basisdiensten in nutssectoren behoeven onder omstandigheden een extra bijdrage van de overheid, omdat die diensten onvoldoende rendement opleveren. Bovendien is het wenselijk dat als zaken grondig misgaan in een nutssector, de overheid de mogelijkheid heeft om een onderneming van de ondergang te redden om daarmee haar burgers, de consumenten, te beschermen.

Een goed voorbeeld is het verzorgen van openbaar vervoer op onrendabele lijnen. Het wordt een publiek belang geacht dat bepaalde gebieden bereikbaar zijn. Vaak gaat de verplichting die de overheid oplegt om de dienst te verrichten gepaard met een exclusief recht daarop en met een compensatie ervoor. Soms vindt daarbij ook kruissubsidiëring plaats binnen de onderneming tussen rendabele en onrendabele diensten. Uiteindelijk betaalt een consument dan voor een rendabele dienst meer dan de zogenaamde marktprijs, zodat de onderneming de onrendabele dienst kan blijven verrichten. Dit levert Europeesrechtelijke vragen op. Hoeveer mag een lidstaat gaan bij het subsidiëren van DAEB? En in hoeverre is kruissubsidiëring binnen een dergelijke onderneming met een exclusief recht toegestaan? Op deze vragen wordt in deze paragraaf ingegaan.

In nutssectoren bestaat een sterk verband tussen het staatssteunverbod en het toekennen aan een onderneming van exclusieve rechten met een bijbehorende compensatie. Hierna wordt eerst kort in het algemeen ingegaan op het staatssteunverbod op grond van artikel 107 VWEU (2.5.2). Vervolgens wordt de Altmark-uitspraak van het Hof besproken waarin de nauwe band tussen artikel 87 en 86, tweede lid, VWEU tot uitdrukking komt (2.5.3). Deze uit-

²³⁷ Szyszczak 2007, p. 217.

spraak is maatgevend voor overheidsbijdragen aan DAEB. Daarna worden de gevolgen van het staatssteunverbod voor de vrijheid van de nationale wetgever bij de regulering van nutssectoren op een rijtje gezet (2.5.4).

2.5.2 Artikel 107 VWEU: het staatssteunverbod

Het eerste lid van artikel 107 VWEU luidt:

‘Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.’

De Commissie heeft op het gebied van staatssteun veel beleids- en beoordelingsvrijheid. De Commissie is de beleidsbepaler op dit gebied en stelt de regels vast. Het Hof houdt hierbij een zekere afstand.²³⁸

Artikel 87, eerste lid, VWEU ziet niet uitsluitend op steun verleend aan particuliere ondernemingen. Ook staatssteun verleend aan publieke ondernemingen en aan ondernemingen belast met bijzondere of exclusieve rechten (die het onderwerp zijn van artikel 106, tweede lid, VWEU) zijn aan het verbod onderworpen.²³⁹

Voordat kan worden gesproken van staatssteun moet aan vier cumulatieve criteria zijn voldaan. Ten eerste moet sprake zijn van steun. Het VWEU geeft geen definitie van het begrip steun. De Commissie en het Hof hanteren een brede en materiële definitie.²⁴⁰ De essentie is dat de maatregel een voordeel oplevert voor de ontvanger ervan. Het gaat hierbij om het effect en niet om de bedoeling van de maatregel. Geheel in de geest van het creëren van een gemeenschappelijke markt, is het niet de bedoeling dat een staat een onderneming een concurrentievoordeel verschaft. Dit heeft immers verstoring van de markt tot gevolg. Het gaat hierbij dus niet uitsluitend om directe subsidies. Ook belastingonthefingen,²⁴¹ voordelige rentetarieven en het deelnemen in een noodlijdende onderneming kunnen staatssteun opleveren.²⁴²

Het tweede criterium is dat de steun wordt verschaft door de lidstaat of met staatsmiddelen wordt bekostigd. De steun moet zijn te herleiden tot de autoriteiten van de lidstaat. Het kan hierbij gaan om zowel nationale als regionale of lokale autoriteiten of middelen.²⁴³ Ook kan het gaan om voordelen die afkomstig zijn van publiek- of zelfs privaatrechtelijke rechtspersonen die zijn aangewezen of opgericht door de staat, zelfs als deze voordelen voortkomen uit private middelen.²⁴⁴ Zo werd een vennootschap waarin de Nederlandse staat vijftig

²³⁸ Santa Maria 2007, Gambaro 2007, p. 2 en hoofdstuk 7.

²³⁹ HvJ EU 15 maart 1994, nr. C-387/92, *Jur.* 1994, p. I-877, par. 17 (*Banco Exterior de Espana SA*).

²⁴⁰ HvJ EU 23 februari 1961, nr. 30/59, *Jur.* 1961, p. 3 (*Gezamenlijke Steenkolenmijnen Limburg*) en HvJ EU 15 maart 1994, nr. C-387/92, *Jur.* 1994, p. I-877, par. 13 (*Banco Exterior de Espana SA*).

²⁴¹ HvJ EU 15 maart 1994, nr. C-387/92, *Jur.* 1994, p. I-877, par. 14 (*Banco Exterior de Espana SA*).

²⁴² HvJ EU 14 november 1984, nr. 323/82, *Jur.* 1984, p. 3809, par. 31 (*Intermills/Commissie*) en HvJ EU 13 maart 1985, gevoegde zaken 296/82 en 318/82, *Jur.* 1985, p. 809, par. 20-21 (*Leeuwarder papierwarenfabriek*).

²⁴³ HvJ EU 14 november 1984, nr. 323/82, *Jur.* 1984, p. 3809 (*Intermills/Commissie*).

²⁴⁴ HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76, *Jur.* 1977, p. 595, par 21-22 (*Steinike und Weinlig*).

procent van de aandelen bezat, een publieke onderneming (2.3.3), en waarvan de gehanteerde tarieven afhankelijk waren van ministeriële goedkeuring (Gasunie NV), door het Hof gezien als een verlengstuk van de Nederlandse staat. De voordelen die deze vennootschap anderen verschafte, kwalificeerde het Hof daarom als staatssteun.²⁴⁵ Steun verleend door een publieke onderneming wordt niet altijd gezien als staatssteun door het Hof. Het hangt ervan af in hoeverre de autoriteiten hierop invloed hebben uitgeoefend.

In het geval dat op een wettelijke grondslag een voordeel wordt verkregen door een private onderneming van een andere private onderneming, is in principe geen sprake van staatssteun, omdat deze niet door staatsmiddelen wordt verkregen. Zo werd een wettelijke regeling op basis waarvan Duitse beheerders van het elektriciteitsnetwerk een hogere prijs moesten betalen voor elektriciteit afkomstig uit duurzame energiebronnen (water-, wind- of zonne-energie) door het Hof niet gekwalificeerd als staatssteun.²⁴⁶ De twee criteria, verschaft door de lidstaat en door staatsmiddelen bekostigd, zijn derhalve volgens het Hof cumulatief, hoewel de lezing van artikel 87, eerste lid, VWEU eerder zou duiden op een facultatief karakter. Het Hof kiest hiermee voor een enge benadering van het begrip staatssteun. Een ruime benadering zou inhouden dat als sprake is van steun al is voldaan aan het tweede criterium als aan slechts één van deze twee subcriteria is voldaan.

Ten terdege moet de begunstiging de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Aan dit vereiste is voldaan als de betrokken onderneming door de steun in een gunstigere positie is gekomen. Hierbij moet sprake zijn van een selectief voordeel voor de betrokken onderneming. Algemene maatregelen die op de economie als geheel zijn gericht, zoals belastingverlaging of rentetarieven zijn geen selectieve voordelen, aldus het Gerecht.²⁴⁷

Ten slotte moet het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig worden beïnvloed. Er hoeft hiertoe door de Commissie slechts te worden aangetoond dat het handelsverkeer zou kunnen worden beïnvloed. Hoewel men wellicht zou verwachten dat het handelsverkeer niet rechtstreeks wordt beïnvloed door het steunen van een zeer lokaal project, kan het geven van steun aan een lokaal opererende onderneming volgens het Hof de interstatehandel wel degelijk beïnvloeden. Het is voor ondernemingen uit andere lidstaten dan namelijk lastiger om de markt van de betrokken lidstaat te betreden.²⁴⁸

Als aan alle vier de hiervoor besproken criteria is voldaan, is volgens de systematiek van het VWEU sprake van staatssteun.²⁴⁹ Dit heeft tot gevolg dat de steun in beginsel moet worden gemeld bij de Commissie.²⁵⁰ Een staatssteunmaatregel die niet is gemeld, is verboden en moet normaal gesproken worden terugbetaald. Hier wordt niet nader ingegaan op de procedurele aspecten en de handhaving hiervan door de Commissie.²⁵¹

De Commissie beoordeelt vervolgens, als aan de vier criteria is voldaan, of de staatssteun al of niet verboden is. Op grond van artikel 87, tweede en derde lid, vindt de beoordeling plaats of de maatregel niettemin verenigbaar kan worden geacht met de gemeenschap-

²⁴⁵ HvJ EU 2 februari 1988, gevoegde zaken 67/85, 68/85 en 70/85, *Jur.* 1988, p. 219, par. 32-38 (*Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV/Commissie*).

²⁴⁶ HvJ EU 13 maart 2001, nr. C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099 (*Preussen Elektra*).

²⁴⁷ GvEA EG 22 februari 2006, nr. T-34/02, *Jur.* 2006, p. II-267 (*Le Levant 001*).

²⁴⁸ HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-07747, par 78-82 (*Altmark Trans*).

²⁴⁹ Een andere systematiek wordt gekozen door Hessel in: Hessel 2005, p. 27-33.

²⁵⁰ Art. 88 lid 3 VWEU. In beginsel, want er kan al een Commissiebeslissing of een Uitzonderingsverordening van toepassing zijn, zodat de steun niet hoeft te worden aangemeld. Deze worden hier verder niet besproken.

²⁵¹ Zie daarover uitgebreid: Adriaanse 2006.

pelijke markt. Hiertoe weegt zij de negatieve impact van de staatssteun op de mededinging af tegen de positieve effecten op het algemeen belang.²⁵²

Op het verbod is een aantal verdragsuitzonderingen mogelijk, die de Commissie na de melding van de steun toepast. Deze uitzonderingen zijn gebaseerd op artikel 87, tweede en derde lid en artikel 106, tweede lid, VWEU, die hierna achtereenvolgens aan bod komen.

In artikel 87, tweede lid, VWEU wordt bepaald welke steunmaatregelen zonder meer met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn. Ten eerste gaat het om steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op de voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten.²⁵³ Hierbij is strikt genomen geen sprake van staatssteun in de zin van het eerste lid, aangezien de steun aan individuele verbruikers en niet aan ondernemingen wordt gegeven. Uit jurisprudentie is nog niet gebleken of deze steun al dan niet moet worden aangemeld.²⁵⁴

Ten tweede gaat het hierbij om steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen.²⁵⁵ Op grond hiervan heeft de Commissie toestemming verleend voor het geven van steun aan gedupeerde ondernemingen na de Vuurwerkramp in Enschede.²⁵⁶ De derde uitzondering die in dit lid wordt genoemd is specifiek gericht op de problematiek van de eenwording van West- en Oost-Duitsland.²⁵⁷

In het derde lid van artikel 107 VWEU gaat het om maatregelen die als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt *kunnen* worden beschouwd. De Commissie moet voor de toepasselijkheid van een van deze uitzonderingen de steun goedkeuren. Dit geldt voor: steun aan onderontwikkelde regio's, steun om de uitvoering van een belangrijk Europees project te bevorderen, sectorale en regionale steun die de handelsbelangen van de gemeenschap niet onevenredig schaadt en steun om het culturele erfgoed in stand te houden.²⁵⁸ Een laatste uitzondering betreft andere soorten steunmaatregelen die aangewezen worden door de Europese Raad op voorstel van de Europese Commissie.²⁵⁹

Bij deze beoordeling hangt derhalve veel af van de omstandigheden van het geval. Inzake het financieren van de aanleg van breedbandnetwerken door de overheid kwam de Europese Commissie in verschillende gevallen tot uiteenlopende uitkomsten. Zo werd de financiering van de aanleg van een glasvezelnetwerk in Appingedam door de Europese Commissie verboden,²⁶⁰ terwijl financiering van de aanleg van een dergelijk netwerk in Ierland de toets wel doorstond.²⁶¹

²⁵² State aid action plan par. 11.

²⁵³ Art. 107 lid 2 sub a VWEU.

²⁵⁴ Hancher, Ottervanger & Slot 2006, p. 104.

²⁵⁵ Art. 107 lid 2 sub b VWEU.

²⁵⁶ Steunmaatregel N 217/2002 van de Commissie inzake Nederland, Vuurwerkramp Enschede, schadevergoeding aan ondernemers (*PbEG* 2002, C 1674).

²⁵⁷ Art. 107 lid 2 sub c VWEU.

²⁵⁸ Art. 107 lid 3 sub a-d VWEU.

²⁵⁹ Art. 107 lid 3 sub e VWEU.

²⁶⁰ Beschikking 2006/3226/EG van de Commissie van 19 juli 2006 inzake de steunmaatregel C 35/2005 die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen met betrekking tot de aanleg van een breedbandnetwerk in Appingedam (*PbEU* 2007, L 86/50).

²⁶¹ Beschikking van de Commissie van 8 maart 2006, nr. C 436/2006 (*Irish metropolitan area networks case*). (In Appingedam: beschikking van de Commissie N 284/05 — Ierland, Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks („MANs”), phases II and III).

Doorslaggevend bij het onverenigbaar verklaren van de steun verleend in Appingedam aan een glasvezelnetwerk was het feit dat er al twee netwerken lagen die geschikt waren voor breedband. De noodzaak van overheidsbemoeienis was dan ook niet gegeven.²⁶² In Ierland was juist sprake van onderontwikkeling van breedbandnetwerken. Een andere mogelijke uitzondering die ook in breedbandzaken is toegepast is artikel 106, tweede lid, VWEU waarover hierna meer.²⁶³

2.5.3 Altmark: uitzondering voor DAEB

Naast deze leden, vormt ook artikel 106, tweede lid, VWEU een uitzondering op de toepassing van de staatssteunregels in geval van om steun voor het leveren van DAEB waarbij ODV worden opgelegd. In afwijking van de traditionele staatssteunbenadering hanteert het Hof voor dergelijke DAEB andere eisen. Als aan alle zogenaamde *Altmark*-criteria is voldaan, is volgens het Hof geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 87, eerste lid, VWEU.

In *Altmark* heeft het Hof kort gezegd bepaald dat een financiële compensatie door de overheid aan een onderneming voor het verrichten van ODV op basis van de kostprijs geen staatssteun behelst. Hessel betoogt dat het Hof hiermee de systematiek van het VWEU omver gooit, nu het doel van de maatregel (hier DAEB) niet pas aan de orde komt bij de uitzonderingen zoals in de traditionele benadering, maar al cruciaal is voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van staatssteun.²⁶⁴ Buiten het terrein van staatssteun komt artikel 106, tweede lid, VWEU immers steeds aan de orde als uitzondering op een verdragsregel. Hier kan tegen in worden gebracht dat, aangezien het uitgangspunt van *Altmark* is dat geen voordeel wordt verkregen, aan het eerste vereiste van artikel 107 VWEU, het verkrijgen van voordeel, niet wordt voldaan en daarom geen sprake kan zijn van staatssteun.²⁶⁵ De ratio van het staatssteunverbod, zo zagen wij hiervoor, is dat de concurrentie niet wordt verstoord. Er kan niet worden gesproken van een concurrentievoordeel als een onderneming uitsluitend wordt gecompenseerd voor de meerkosten die worden gemaakt. Er zou eerder sprake zijn van concurrentievervalsing als aan een onderneming ODV zouden worden opgelegd zonder een compensatie te bieden.²⁶⁶

In *Altmark* ging het om de toekenning door het Regierungspräsidium Magdeburg aan Altmark Trans GmbH van vergunningen om met bussen lijnvervoer te verrichten en van overheidssubsidies voor de uitvoering van die diensten. De Duitse rechter legde het Hof een prejudiciële vraag voor over de uitleg van artikel 92 (thans 87) VWEU en de uitleg van de Verordening inzake ODV en vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.²⁶⁷

Om te beoordelen of sprake is van staatssteun bij het compenseren van publieke diensten heeft het Hof vier cumulatieve criteria aangelegd. Om op een rechtmatige wijze DAEB te compenseren, moet ten eerste sprake zijn van duidelijk afgebakende ODV. Ten tweede moeten de parameters voor de berekening van de compensatie op objectieve en transparante wijze vastgesteld zijn. Ten derde mag de compensatie niet hoger zijn dan de voor de ODV gemaakte kosten inclusief een redelijke winst. Ten vierde moet de onderneming worden geselecteerd aan de hand van een aanbestedingsprocedure of de compensatie moet worden

²⁶² Hierover uitgebreid: Saanen & Stout 2006, p. 212-217.

²⁶³ Beschikking van de Commissie van 16 november 2004, nr. C 4343/2004 (*Pyrénées-Atlantiques*).

²⁶⁴ Hessel 2005, p. 26.

²⁶⁵ Zo ook Gulmann 2007, p. 657.

²⁶⁶ Gulmann 2007, p. 657.

²⁶⁷ Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, zoals gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 1893/91 van 20 juni 1991 *Pb.* L 169, p. 1.

bepaald aan de hand van welke kosten een gemiddelde onderneming in de betrokken sector zou maken.²⁶⁸

Als aan deze eisen is voldaan, is volgens het Hof geen sprake van een steunmaatregel als bedoeld in artikel 87, eerste lid, VWEU. Deze compensatie hoeft dan ook niet te worden gemeld bij de Commissie. Als aan één van de cumulatieve criteria niet wordt voldaan, is wel sprake van een steunmaatregel.²⁶⁹

Het eerste *Altmark*-criterium is van groot belang voor overheden die gereguleerde marktwerking voorstaan. Deze eis houdt in dat de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast is met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en die verplichtingen duidelijk omschreven moeten zijn.²⁷⁰ Deze eis maakt duidelijk dat een actieve rol van de overheid wordt verwacht inzake het opleggen van ODV.

In het arrest *Bupa*²⁷¹ geeft het Gerecht aan hoe een lidstaat met toepassing van de *Altmark*-criteria invulling kan geven aan het borgen van publieke belangen door middel van gereguleerde marktwerking.²⁷² Zoals reeds aan de orde kwam gaat het er met name om dat sprake is van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een taak van algemeen economisch belang, en dat die taak *universeel* en *verplicht* van aard is.²⁷³ Hiervoor is reeds ingegaan op de kwestie wanneer sprake is van een taak van algemeen economisch belang.²⁷⁴ Hier komen het overheidsbesluit en de universele en verplichte aard van de dienst aan de orde.

Zoals ook bleek bij de behandeling van artikel 106, tweede lid, is het cruciaal dat sprake is van een expliciete belasting, door middel van een overheidsbesluit. Hier moet dit begrip ruim worden opgevat. Het kan ook worden afgeleid uit wettelijke bepalingen.²⁷⁵

De taak moet voorts universeel en verplicht zijn. Het begrip universeel wordt in de jurisprudentie niet strikt uitgelegd. Het is niet zo dat de betrokken dienst moet voorzien in een behoefte die de gehele bevolking gemeen heeft of op het gehele grondgebied moet worden verricht.²⁷⁶ Deze eis wijkt af van de uitleg die wordt gegeven aan het begrip 'universele dienst'. Zoals hiervoor is gebleken (2.2.5), is het begrip universele dienst ook enger dan het begrip DAEB.

Ten aanzien van het verplichte karakter van de dienst overweegt het Gerecht het volgende: 'Om een dienst als verplicht te beschouwen volstaat het derhalve, indien geen uitsluitend of bijzonder recht is verleend, dat de met een dergelijke taak belaste ondernemer verplicht is die dienst te verstrekken aan elke gebruiker die daarom vraagt. Met andere woorden, de verplichte aard van de dienst en dus het bestaan van een taak van algemeen economisch belang zijn bewezen, indien de dienstverlener verplicht is contracten te sluiten tegen vaste condities, zonder de andere contractpartij te kunnen afwijzen. Laatstgenoemd element biedt de mogelijkheid de onder een taak van algemeen economisch belang vallende dienst te on-

²⁶⁸ HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747, par. 89-93 (*Altmark Trans*).

²⁶⁹ HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747, par. 94 (*Altmark Trans*).

²⁷⁰ HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00, *Jur.* 2003, p. I-7747, par. 89 (*Altmark Trans*).

²⁷¹ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000 (*BUPA*).

²⁷² Arnon & Sluijs 2008, p. 206.

²⁷³ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 172 (*BUPA*, curs. KW).

²⁷⁴ Zie paragraaf 2.3.3.

²⁷⁵ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 182 (*BUPA*).

²⁷⁶ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 186 (*BUPA*).

derscheiden van alle andere op de markt verrichte diensten en dus van alle andere volledig vrij uitgeoefende activiteiten.²⁷⁷

Een verandering die met *Altmark* zijn intrede heeft gedaan, is dat – als aan de *Altmark*-eisen is voldaan – de financiële compensatie niet langer als steun hoeft te worden gemeld bij de Commissie. Dit procedurele aspect levert meer ruimte op voor het handelen van de lidstaat. Daarnaast is het makkelijker om aan de inhoudelijke voorwaarden van de uitspraak te voldoen. Niettemin zijn de criteria niet volledig duidelijk en is nog veel afhankelijk van de wijze waarop hieraan invulling wordt gegeven.

2.5.4 Slotsom

Uit het voorgaande is gebleken dat staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU voor 'gewone' diensten moet worden aangemeld bij de Commissie. Om als staatssteun te worden gekwalificeerd moet aan vier cumulatieve vereisten worden voldaan. Er moet ten eerste sprake zijn van steun, waar ook indirecte financiering onder moet worden begrepen en ook bijvoorbeeld een kapitaalinjectie in een onderneming om haar te redden. Ten tweede moet deze steun door de lidstaat worden verschaft én door staatsmiddelen worden bekostigd, waarbij het ook om lokale of regionale autoriteiten kan gaan. Verder moet de begunstiging de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Tot slot moet het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig worden beïnvloed.

Voor zover het gaat om DAEB in nutssectoren, zijn de grenzen voor compensatie van het verrichten van deze diensten te vinden in het *Altmark*-arrest. In dit arrest zijn door het Hof criteria aangelegd en als aan alle criteria wordt voldaan, betekent dit dat geen sprake is van staatssteun en derhalve de compensatie door de lidstaat niet hoeft te worden gemeld bij de Commissie, zoals in situaties waar geen DAEB aan de orde zijn wel verplicht is. Voor DAEB is met dit arrest een bijzonder regime tot stand gekomen.

Hierbij is van belang dat ODV expliciet zijn opgelegd aan de betrokken onderneming. Ook hier wordt duidelijk (net als bij de bespreking van het mededingingsrecht) dat expliciet staatsingrijpen noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan de eisen van EU-recht. Als aan deze vier criteria is voldaan, gaat het in beginsel om verboden staatssteun, tenzij een van de uitzonderingen hierop van toepassing is (in het verdrag of secundaire regelgeving). De lidstaat kan alleen steun geven als de uitzonderingen van toepassing zijn. De uitzonderingen die tot dusver het belangrijkste zijn gebleken, zijn steunmaatregelen tot herstel van de schade van natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen. Deze maatregelen zijn zonder meer toegelaten. Daarnaast *kunnen* bepaalde maatregelen in overeenstemming worden gebracht met de regels als het gaat om, kort gezegd, steun aan onderontwikkelde regio's die de handelsbelangen van de gemeenschap niet schaden en culturele steun.

Een andere voor de nutssectoren belangrijke uitzondering op het staatssteunverbod is het eerder aan de orde gekomen artikel 106, tweede lid, VWEU. In het arrest *Altmark* heeft het Hof uitgemaakt dat als de overheid een onderneming financieel compenseert in verband met het verrichten van DAEB dit onder omstandigheden verenigbaar is met artikel 107 VWEU. Het Hof heeft om dit te beoordelen vier cumulatieve criteria aangelegd. Er moet eerder sprake zijn van duidelijk afgebakende ODV. Ten tweede moeten de parameters voor de berekening van de compensatie op objectieve en transparante wijze vastgesteld zijn. Ten derde mag de compensatie niet hoger zijn dan de voor de ODV gemaakte kosten inclusief een

²⁷⁷ GvEA EG 12 februari 2008, nr. T-289/03, *Jur.* 2008, p. II-000, par. 190 (*BUPA*).

redelijke winst. Ten vierde moet de onderneming worden geselecteerd aan de hand van een aanbestedingsprocedure of de compensatie moet worden bepaald aan de hand van welke kosten een gemiddelde onderneming in de betrokken sector zou maken.

Gelet op de strenge *Altmark* 'quid pro quo' criteria lijkt het erop dat een lidstaat niet zonder meer gerechtigd is om een noodlijdende onderneming in een nutssector van de ondergang te redden door middel van financiële steun. Dit bleek eerder ook spanningen op te leveren in verband met het vrij verkeer van kapitaal.

Ook in het staatssteunrecht wordt zichtbaar dat de tweede variant van de in de inleiding gemaakte driedeling inzake het omgaan met de spanning tussen de markt en publieke belangen, opgeld doet. Het regime is in beginsel van toepassing tenzij aan bepaalde strikte voorwaarden wordt voldaan.

2.6 Balans: proportionaliteit '*pan metron a riston*'

2.6.1 Inleiding

Het proportionaliteitsbeginsel speelt een belangrijke rol in het EU-recht. In deze paragraaf wordt dieper ingegaan op de proportionaliteitstoets die door het Hof wordt gehanteerd in de regels inzake het vrij verkeer en in het mededingingsrecht,²⁷⁸ die hiervoor kort aan de orde is geweest.²⁷⁹ In het voorgaande zijn verschillende leerstukken van EU-recht aan de orde gekomen die invloed hebben op de grenzen die de nationale wetgever in acht moet nemen bij het reguleren van nutssectoren. Hierbij bleek van doorslaggevend belang of eerder sprake is van een economische activiteit. Als hiervan geen eerder sprake is, zijn belangrijke bepalingen uit het VWEU immers niet van toepassing. Als wel eerder sprake is van een economische activiteit is nog een ander punt van doorslaggevend belang. Dit betreft de zogenaamde proportionaliteitstoets die door het Hof is aangelegd in mededingingsrechtelijke zaken en in zaken over de regels inzake het vrij verkeer. Door middel van de proportionaliteitstoets beziet het Hof of de gekozen regulering proportioneel is gelet het op het te bereiken algemeen belang. In de vrij verkeerregels wordt gekeken naar algemeen belangexcepties en in het mededingingsrecht naar diensten van algemeen belang. In de literatuur bestaat geen algehele consensus over de toepassing van deze toets. Voor het verbod op staatssteun zijn de grenzen van steunverlening aan ondernemingen die diensten van algemeen belang verrichten in de *Altmark*-criteria neergelegd.

Inmiddels wordt duidelijk dat de grenzen aan de vrijheid van de nationale wetgever bij het reguleren van nutssectoren in hoge mate samenhangen met de proportionaliteit van het nationale overheidsingrijpen. Juist op het punt van de beoordeling van de proportionaliteit door het Hof moet het duidelijk worden voor lidstaten waar precies de grenzen liggen. Voor de nationale wetgever is het daarom van groot belang om te doorgronden waar deze grenzen liggen. Hierna komt daarom eerst de proportionaliteitstoets zoals gehanteerd bij de toepassing van de regels van het vrij verkeer en vervolgens de proportionaliteitstoets op grond van artikel 106, tweede lid, VWEU aan de orde.

Het is van belang om nader in te gaan op deze toets, juist nu deze in de literatuur op verschillende wijzen wordt uitgelegd. Het Hof beoordeelt de proportionaliteit van nationale maatregelen. Hier wordt de botsing tussen EU-recht, met de teleologische interpretatie daarvan door het Hof, en de nationale rechtsorde, waar doorgaans veel formeler wordt geredeneerd, duidelijk zichtbaar.

2.6.2 Proportionaliteitstoets vrij verkeer

De proportionaliteitstoets van het Hof in het vrij verkeer omvat twee toetsen. Ten eerste een '*suitability*' toets en ten tweede een '*necessity*' toets. In de '*suitability*' toets wordt de relatie tussen doel en middel gezien. De vraag is hier of de beperkende maatregel geschikt (adequaat, proportioneel) is om het doel van algemeen belang te behalen? Vervolgens komt in de '*necessity*' toets aan de orde welke negatieve consequenties de beperkende maatregel heeft voor de interne gemeenschappelijke markt en in hoeverre deze worden gerechtvaardigd door het nagestreefde doel. Deze tweede toets bestaat uit twee verschillende elementen. Ten eer-

²⁷⁸ In de literatuur wordt door een enkeling gesteld dat geen sprake is van een proportionaliteitstoets in art. 106, tweede lid VWEU: zie Baquero Cruz 2005, p. 194.

²⁷⁹ Zie paragrafen 2.3.2.4, 2.3.4.4 en 2.4.4.

ste wordt gezien of er andere, minder beperkende, maatregelen zijn waarmee een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt (*least of less restrictive alternative test*). Ten tweede wordt beoordeeld of de maatregel desalniettemin een onevenredig nadeel oplevert voor de eisende partij, die wenst zijn fundamentele vrijheden uit te oefenen.²⁸⁰

In de literatuur wordt ook wel verdedigd dat de proportionaliteitstoets drie stappen kent. Eerst een '*suitability*' toets, ten tweede een '*least restrictive alternative*'-toets en ten slotte de toets van het onevenredig nadeel voor de eisende partij. Hier wordt het tweede element van de tweede stap derhalve als zelfstandige stap gezien. In de praktijk van het Hof worden de twee elementen samen beoordeeld.²⁸¹

2.6.3 Proportionaliteitstoets artikel 106, tweede lid, VWEU

2.6.3.1 Inleiding

Om met een beroep op artikel 106, tweede lid, VWEU de mededingingsregels buiten toepassing te kunnen laten, moet eerder sprake zijn van een onderneming (economische activiteit) die belast is met DAEB. Deze begrippen en de grenzen die zij opleveren zijn hiervoor uitvoerig aan de orde gekomen (2.4). Daarnaast is een vereiste dat de uitvoering van de DAEB wordt *verhinderd* door de mededingingsregels als zij volledige toepassing zouden krijgen. In het artikel staat dat deze ondernemingen onder de toepassing van het mededingingsrecht vallen 'voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.' De uitleg van deze bepaling is beslissend voor de vraag of bepaalde maatregelen die worden genomen door lidstaten om DAEB te reguleren verenigbaar zijn met het EU-recht. Dit maakt de interpretatie van dit artikellid zeer controversieel.

'Verhinderend' is op zichzelf een behoorlijk vage term en de tekst geeft weinig aanknopingspunten om dit begrip uit te leggen. Wanneer is eerder sprake van verhindering? Is daarvan al eerder sprake als de toepassing kleine problemen oplevert of moet het de verrichting van DAEB zeer moeilijk of zelfs onmogelijk maken? Bovendien blijkt deze term in de verschillende vertalingen niet altijd eenduidig te zijn. Zo staat in de Franse versie zelfs 'onmogelijk maken'²⁸² hetgeen verder gaat dan 'verhinderen'. Artikel 106, tweede lid, VWEU is het resultaat van een compromis en daarom is het op zich ook niet verwonderlijk dat het doel niet helemaal helder is. Op grond van de tekst is een neutrale uitleg mogelijk, maar ook een benadering die een zeer beperkte uitzondering op het mededingingsrecht mogelijk maakt, is denkbaar. Als men de bepaling een beetje oprekt, is zelfs de stelling dat DAEB voortgaan op het mededingingsrecht verdedigbaar.²⁸³ De uitleg van het begrip 'hinder' in deze context is echter wel van beslissend belang bij de vraag naar de mogelijkheid om DAEB te kunnen verrichten.

In de ontwikkeling van de jurisprudentie wordt door veel auteurs een fasering waargenomen waarin het Hof eerst een zeer strenge toets hanteert inzake de uitzonderingen op grond van artikel 106, tweede lid. Vervolgens wordt vanaf 1993 een versoepeling in de jurisprudentie ontwaard, die op dit moment onduidelijk maakt waar de grenzen precies liggen.²⁸⁴

²⁸⁰ Barnard 2007, p. 81, Trimidas 1999, p. 68.

²⁸¹ Trimidas 1999, p. 68.

²⁸² In de Franse versie staat 'où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement'.

²⁸³ Baquero Cruz 2005, p. 186.

²⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Jones & Sufrin 2008, p. 654-655.

De meest relevante jurisprudentie zal hierna worden besproken, waarna vervolgens wordt ingegaan op de uiteenlopende interpretatie hiervan door toonaangevende auteurs.

2.6.3.2 *Jurisprudentie toets artikel 106, tweede lid, VWEU*

In *Sacchi*,²⁸⁵ waarin het Italiaanse televisie-monopolie centraal stond, ging het Hof voor het eerst in op 'hinder' in artikel 106, tweede lid, VWEU. Het Hof stelde in deze zaak ten eerste vast dat het hebben van een monopolie door verkrijging van een exclusief recht niet per se in strijd is met artikel 106 VWEU.²⁸⁶ Het Hof vervolgde dat de mededingingsregels voor dergelijke ondernemingen gelden, 'zolang niet is aangetoond dat deze bepalingen *onverenigbaar* zijn met de uitoefening van hun taak.'²⁸⁷ In andere woorden: volgens het Hof is dus eerder sprake van hinder in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU als de toepassing van het mededingingsrecht onverenigbaar is met de uitoefening van DAEB. Het Hof bepaalde bovendien dat de lidstaat moet aantonen dat dit het geval is. Deze interpretatie van de term 'hinder' voegt weinig toe aan de tekst van artikel 106, tweede lid, VWEU. De vraag wanneer eerder sprake is van onverenigbaarheid en daarmee van hinder, werd door het Hof niet beantwoord. In de literatuur wordt *Sacchi* echter vaak bestempeld als de strikte benadering.²⁸⁸ De Commissie heeft dit ook aldus opgevat, zoals blijkt uit de *Navewa-Anseau*-beschikking: 'Deze ondernemingen zijn slechts vrijgesteld van de mededingingsvoorschriften voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak zou verhinderen. In dit verband is niet voldoende dat de naleving van de verdragsbepalingen de vervulling van deze bijzondere taak gecompliceerder maakt. Een eventuele beperking van de toepassing van de mededingingsvoorschriften kan slechts in overweging worden genomen wanneer de onderneming over geen enkel ander middel beschikt dat technisch en economisch haalbaar is om haar taak te vervullen.'²⁸⁹

In *Ahmed Saeed* stelde het Hof vast dat 'de artikelen 5 en 90 (nu 86) van het VWEU in die zin moeten worden uitgelegd dat zij *niet in de weg staan aan* een beperking van de mededingingsregels, voorzover die beperking noodzakelijk is voor de uitvoering van een aan bepaalde luchtvaartmaatschappijen opgelegde taak van algemeen belang en de aard van die taak en de invloed ervan op de tariefstructuur duidelijk vaststaan.'²⁹⁰ Kortom: de toepassing van het mededingingsrecht wordt niet uitgesloten voor zover het niet in de weg staat aan de verrichting van de DAEB en het Hof voegde hier een transparantieverplichting aan toe zonder welke de nationale autoriteiten niet kunnen aantonen of het om een noodzakelijke beperking gaat.

Vervolgens brak een nieuwe, mildere, fase aan in de jurisprudentie van het Hof met de zaak *Corbeau*.²⁹¹ Het Hof ging hier dieper in op de toets. Het beoordeelde niet of het mededingingsrecht de verrichting van DAEB verhinderde, maar of de beperkingen van het mededingingsrecht noodzakelijk waren om de verrichting van DAEB te verzekeren. Hiermee werd de redenering niet langer: het mag niet, tenzij, maar het mag, mits. Het is echter opnieuw afhankelijk van de uitleg hiervan in hoeverre dit een verandering in de jurisprudentie teweeg

²⁸⁵ HvJ EU 30 april 1974, nr. 155/73, *Jur.* 1974, p. 409 (*Sacchi*).

²⁸⁶ HvJ EU 30 april 1974, nr. 155/73, *Jur.* 1974, p. 409, par. 14 (*Sacchi*).

²⁸⁷ HvJ EU 30 april 1974, nr. 155/73, *Jur.* 1974, p. 409, par. 15 (*Sacchi*, curs. KW).

²⁸⁸ Zie bijvoorbeeld Prosser 2005, p. 135.

²⁸⁹ Beschikking 82/371/EEG van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EVWEU (*PbEG* 1982, L 167/39, par. 66, *Navewa/Anseau*).

²⁹⁰ HvJ EU 11 april 1989, nr. 66/86, *Jur.* 1989, p. 803, par. 55-58 (*Ahmed Saeed*, curs. KW).

²⁹¹ HvJ EU 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533 (*Corbeau*).

heeft gebracht. Het Hof vervolgde dat de beperkingen van de toepassing van het mededingingsrecht noodzakelijk moesten zijn om de houder van exclusieve rechten in staat te stellen om zijn DAEB te verrichten en in het bijzonder om onder economisch acceptabele voorwaarden te kunnen werken. Het is helder dat deze benadering veel meer mogelijkheden voor overheidsingrijpen oplevert dan de benadering dat geen enkel ander middel beschikbaar is om de gestelde doelen te bereiken. Dit geldt echter niet voor aangrenzende markten (luxere diensten) die van de DAEB zijn te onderscheiden, tenzij dit het economisch evenwicht van de onderneming belast met DAEB in gevaar zou brengen.²⁹² Dit opent de mogelijkheid voor kruis-subsidiëring door bedrijven die DAEB verrichten en voorkomt het zogenaamde *cherry picking* door ondernemingen die uitsluitend op de aangrenzende markt opereren.²⁹³ Een monopolie voor 'gewone' diensten kan derhalve mogelijk worden gerechtvaardigd met het argument dat zonder dit monopolie de DAEB niet in economisch evenwicht kunnen worden verricht.

In *Corbeau* accepteerde het Hof voor het eerst dat *cherry picking* een argument is om een monopolie te rechtvaardigen. Het ging niet op zoek naar een minder restrictief middel, zoals staatssteun aan bedrijven die in minder rendabele gebieden opereren. Hierbij is het concept universele dienstverlening van belang waarin een zekere mate van solidariteit een rol speelt.

In de *Energiemonopolie zaken* stond het exclusieve recht op elektriciteitsimport in Nederland, Frankrijk en Italië centraal.²⁹⁴ De Commissie was van oordeel dat de betrokken lidstaten moesten bewijzen dat geen minder beperkende maatregel mogelijk was om de DAEB te verrichten. Dit zou een zeer strikte proportionaliteitstoets inhouden (*less restrictive means test*). De vraag waar het Hof zich voor gesteld zag, was: is de maatregel (het monopolie) noodzakelijk om de verrichting van DAEB te verzekeren? Het Hof stelt dat 'hinder' niet zo strikt moet worden uitgelegd dat het voortbestaan van de onderneming moet worden bedreigd. De uitleg van het economisch evenwicht zoals dat aan de orde kwam in *Corbeau* is daarmee redelijk ruim. Verder stelt het Hof vast dat de lidstaten niet hoefden te bewijzen dat geen enkel andere minder ingrijpend middel mogelijk was.²⁹⁵

In *Ambulanz Glöckner* herhaalt het Hof de redenering van *Corbeau* in die zin dat een exclusief recht op niet-urgent ambulancevervoer wordt gerechtvaardigd om het recht op urgent ambulancevervoer, een DAEB, te kunnen verrichten in een goed economisch evenwicht. Hieraan voegt het Hof toe dat dit exclusieve recht op niet-urgent ambulancevervoer niet kan worden gerechtvaardigd als de monopolist niet in staat is om aan de marktvraag te voldoen. Het Hof acht derhalve niet langer alleen strijd met artikel 106, eerste lid, VWEU aangenomen als niet aan de vraag kan worden voldaan (2.4.3), maar heeft ook bepaald dat dan geen rechtvaardiging op grond van het tweede lid mogelijk is.²⁹⁶

Inmiddels is door het Gerecht het arrest *Air Inter* gewezen waarin weer een zeer strenge proportionaliteitstoets wordt gehanteerd, in de lijn met *Sacchi*. Het ging hierbij om het exclusieve recht op bepaalde vliegroutes dat aan *Air Inter* was gegeven. Het Gerecht stelt in dit arrest dat van 'hinder' in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU nog geen eerder sprake is als

²⁹² HvJ EU 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* p. I-2533, par. 15-19 (*Corbeau*).

²⁹³ HvJ EU 19 mei 1993, nr. C-320/91, *Jur.* p. I-2533, par. 17-18 (*Corbeau*).

²⁹⁴ HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699 (*Commissie/Nederland*), HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-158/94, *Jur.* 1997, p. I-5789 (*Commissie/Italië*) en HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Jur.* 1997, p. I-5815 (*Commissie/Frankrijk*).

²⁹⁵ HvJ EU 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699, par. 58 (*Commissie/Nederland*).

²⁹⁶ HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089, par. 62 (*Ambulanz Glöckner*).

de taak in kwestie wordt belemmerd of bemoeilijkt.²⁹⁷ Bovendien ligt het op de weg van degene die een beroep doet op de uitzondering om aan de hand van een economische berekening te bewijzen dat geen enkel ander passend alternatief voorhanden is.²⁹⁸ Dit resulteert in een zeer strenge proportionaliteitstest.

2.6.3.3 *Discussie in de literatuur*

Buendía Sierra stelt vast dat het hier gaat om een proportionaliteitstest die niet anders is dan deze test in andere onderdelen van EU-recht, zoals de regels inzake het vrij verkeer.²⁹⁹ Hij is, samen met de meerderheid van de auteurs, van mening dat artikel 106, tweede lid, VWEU een uitzondering is op het mededingingsrecht die zeer restrictief moet worden geïnterpreteerd.³⁰⁰ Dit houdt in dat de uitzondering pas van toepassing is als het proportionele karakter van de beperking (van de mededinging) kan worden bewezen. Hij onderscheidt drie elementen in deze proportionaliteitstest, zoals deze naar zijn mening door het Hof wordt toegepast. Ten eerste moet een causaal verband bestaan tussen de maatregel en het doel van algemeen belang. Ten tweede moeten de beperkingen (van de mededinging) veroorzaakt door de maatregel in evenwicht zijn met de voordelen voor het algemeen belang. Ten derde moet het doel van algemeen belang niet door middel van andere, minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt (*less restrictive means-test*).³⁰¹ In dit laatste element ligt naar mijn mening een duidelijke relatieve voorrang voor mededingingsrecht boven het leveren van DAEB besloten.

Buendía Sierra concludeert naar aanleiding van de uiteenlopende interpretaties door het Hof van artikel 106, tweede lid, VWEU dat dit verband houdt met twee factoren: het karakter van de dienst in kwestie – traditioneel of nieuw – en de aan- of afwezigheid van secundaire EG-regulering in de betrokken sector. Volgens hem past het Hof een flexibele proportionaliteitstest toe bij bestaande exclusieve rechten totdat secundaire EG-regelgeving voor de sector in kwestie totstandkomt. In het laatste geval hanteert het Hof een strikte proportionaliteitstest. Dit noemt hij de '*acquired rights-approach*'.³⁰²

Sauter komt tot de conclusie dat inderdaad twee soorten proportionaliteitstoetsen worden gehanteerd door het Hof. Een strenge *least restrictive means-test* en een flexibele '*not manifestly disproportionate test*'. Hij hanteert dezelfde criteria voor de toets als Buendía Sierra (zie hiervoor); de flexibele test eindigt na stap twee en de strenge test na stap drie. Hij beargumenteert op grond van *Commissie v. Nederland* dat als geen eerder sprake is van *pre-emption*, oftewel als geen secundaire regelgeving tot stand is gekomen, het Hof het laat bij de '*not manifestly disproportionate test*'.³⁰³ Sauter stelt zelf een nieuwe meeromvattende toets voor waarin de toets van artikel 106, tweede lid, VWEU geïncorporeerd is. Deze '*structured test*' kent drie stappen en omvat zowel het exact bepalen van de DAEB in een voorliggend geval, de vraag naar marktfalen als de proportionaliteit van de maatregel die dat marktfalen zou moeten oplossen.³⁰⁴

²⁹⁷ GvEA 19 juni 1997, nr. T-260/94, *Jur.* 1997, p. II-997, par. 138 (*Air Inter*).

²⁹⁸ GvEA 19 juni 1997, nr. T-260/94, *Jur.* 1997, p. II-997, par. 140 (*Air Inter*).

²⁹⁹ Buendía Sierra 2007, p. 633, Buendía Sierra 2006, p. 555.

³⁰⁰ Buendía Sierra 2007, p. 632. Zo ook: Sauter 2008, p. 26.

³⁰¹ Buendía Sierra 2007, p. 633.

³⁰² Buendía Sierra 2007, p. 642.

³⁰³ Sauter 2008, p. 28-29.

³⁰⁴ Sauter 2008, p. 29-31.

Maillo stelt dat met *Corbeau* een radicale omslag heeft plaatsgevonden in de tot dan toe geldende jurisprudentie van het Hof, die is bevestigd in *Ambulanz Glöckner* (met een extra efficiency-eis) en *Commissie v. Nederland*. Tot die tijd zag het ernaar uit dat de proportionaliteitstest op grond van artikel 106, tweede lid, VWEU niet zou afwijken van de elders in het verdrag geldende test.³⁰⁵ Niettemin concludeert hij mede op grond van de door het Gerecht gehanteerde strengere test dat de dagen van de flexibele uitleg van artikel 106, tweede lid, VWEU van *Corbeau* nu voorbij zijn.

Een fundamenteel andere visie op artikel 106, tweede lid, VWEU en de jurisprudentie van het Hof heeft Baquero Cruz die van mening is dat het Hof nooit een zo strenge test heeft toegepast, maar een mildere benadering had die een softere test inhield. Hij is van oordeel dat het Hof een *objective necessity*-toets toepast in haar jurisprudentie. De toets is volgens hem een *suitability*-toets met wat extra nadruk op het noodzakelijkheidselement. Proportionaliteit is hiervoor volgens hem een onvoldoende precieze aanduiding.³⁰⁶ Hij betoogt dat deze toets maar twee elementen van een proportionaliteitstoets bevat, namelijk een legitiem doel en een maatregel die objectief gezien passend is om dat doel te bereiken. Dit terwijl voor een proportionaliteitstest verschillende middelen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Daarom, aldus Baquero Cruz, gaat het Hof altijd maar zeer marginaal in op de gradatie van de maatregelen en eist het niet van de beslissende instantie dat hij de minst beperkende maatregel kiest. Voor het Hof wegen beide even zwaar, aldus laatstgenoemde auteur.³⁰⁷ Hij wijst het betoog van Buendía Sierra en anderen over de vermeende '*acquired rights approach*' bovendien van de hand als '*misguided*'. Er zou, aldus Baquero Cruz, geen onderscheid mogen bestaan tussen oude en nieuwe maatregelen. Er zijn geen juridische gronden of overtuigende redenen om artikel 106, tweede lid, VWEU op oude en nieuwe gevallen verschillend toe te passen volgens hem.³⁰⁸ Hij stelt zich hiermee mijns inziens op het standpunt dat het Hof onder artikel 106 tweede lid, VWEU geen werkelijke proportionaliteitstoets toepast en dus minder indringend toetst. Hieruit volgt dat hij meer ruimte ziet dan Maillo, Buendía Sierra en Sauter voor de lidstaten om zelf te bepalen welke maatregelen zij kiezen om doelen van algemeen belang te bereiken.

2.6.3.4 Analyse

In de jurisprudentie van het Hof is een bepaalde versoepeling zichtbaar. Aanvankelijk bleef onduidelijk waar de grenzen lagen omdat het Hof zich in vage termen uitdrukte en deze termen in de voorliggende zaak slechts ten dele invulde. In *Höfner* stelde het Hof dat geen eerder sprake van hinder is als de monopolist klaarblijkelijk niet aan de vraag kan voldoen en andere concurrenten werden gedoogd. Dit is een vrij specifiek geval en het was te voorzien dat de gehanteerde toets in de toekomst zou moeten worden gedetailleerd en uitgebouwd. Er is niettemin een pendelbeweging zichtbaar. In *Sacchi* redeneerde het Hof zeer strikt. Later in *Corbeau* blijkt het een veel flexibelere toets te hanteren en inmiddels zijn door het Gerecht arresten gewezen die duiden op de hanteren van een zeer strenge proportionaliteitstest.

De lijn in de arresten van het Gerecht is echter nog niet door het Hof bevestigd en daarom blijft het onduidelijk waar precies de grenzen voor de nationale wetgevers liggen die de toets van artikel 106, tweede lid, VWEU impliceert. In ieder geval komt naar voren dat een

³⁰⁵ Maillo 2007, p. 607.

³⁰⁶ Baquero Cruz 2005, p. 195-196.

³⁰⁷ Baquero Cruz 2005, p. 196.

³⁰⁸ Baquero Cruz 2005, p. 197-198.

spanning bestaat tussen het interpretatieve protocol inzake DAEB die expliciet een ruime discretionaire bevoegdheid voor de lidstaten veronderstelt in artikel 16 EG en het hanteren van een *less restrictive means-test*.

Men kan zich in dit licht afvragen of deze toets zou moeten worden aangeduid als een proportionaliteitstoets die niet verschilt van de toets gehanteerd in het vrij verkeer (*less restrictive means-test*) of dat toch met Baquero Cruz moet worden gesproken van een '*objective necessity-test*' of met Sauter van een '*not manifestly disproportionate test*'.

2.6.4 Slotsom

De stelling dat het Hof altijd de *less restrictive means test* zou hanteren, is naar mijn mening niet vol te houden op grond van de hiervoor besproken jurisprudentie. Het Hof heeft zelf niet geëxpliciteerd om welke reden zij welke test zou hanteren. Het Gerecht heeft inmiddels de strenge test weer toegepast en het valt te bezien wat het Hof in de betrokken zaken zal zeggen. In ieder geval is in *Corbeau* en in *Commissie v. Nederland* een flexibele benadering duidelijk.

Op grond van het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat onduidelijk is waar precies de grenzen worden getrokken van de proportionaliteitstoets van artikel 106, tweede lid EG. In ieder geval moet niet worden aangenomen dat het Hof altijd eist dat de minst (mededingings)beperkende maatregel zou moeten worden gekozen.

2.7 Slotsom

2.7.1 Inleiding

In het voorgaande is gebleken dat de nationale wetgever wordt beperkt door de regels van EU-recht, in het bijzonder door het mededingingsrecht en de vrij verkeerregels. Dit wekt op zich geen verbazing; het EU-recht stelt in het algemeen grenzen aan vrijheden van lidstaten. Het is vooral de vraag waar deze grenzen precies liggen. Waar de grenzen liggen, blijkt in het voorgaande op een aantal punten nog niet helemaal helder. Bij de constatering dat de nationale wetgever wordt beperkt door het EU-recht moet bovendien een aantal nuanceringen worden gemaakt. Ten eerste is het EU-recht geen statisch maar veeleer een dynamisch gegeven. Er is een tendens waarneembaar in de EG waarbij het marktdenken steeds meer plaats lijkt te maken voor een solidair en sociaal Europa. Dit heeft als gevolg dat meer aandacht bestaat voor sociale aspecten. Het zal nog moeten blijken of het borgen van publieke belangen op den duur het prerogatief van de EG-instellingen of van de lidstaten zal zijn. Ten tweede is het niet zo dat de EG-regelgeving totaal onafhankelijk van de lidstaten tot stand komt. Zij hebben uiteraard invloed op EG-niveau.

Op grond van dit hoofdstuk kan een eerste balans worden opgemaakt inzake de grenzen die het EU-recht stelt aan de reguleringsmogelijkheden voor de nationale wetgever. De secundaire regelgeving die in de verschillende nutssectoren geldt, brengt grenzen mee die gedetailleerder zijn dan op grond van dit algemene kader kan worden vastgesteld. Niettemin leidt het algemene kader tot een bruikbare balans omdat de secundaire regelgeving in het algemeen is voortgevloeid uit en voortbouwt op dit algemene kader. Bovendien is het algemeen kader onverminderd van toepassing waar de secundaire regelgeving niet in regulering voorziet.

Hierna wordt eerst ingegaan op de in de inleiding van dit hoofdstuk gepresenteerde driedeling om met de spanning tussen markt en publieke belangen om te gaan (2.7.2). Vervolgens wordt het begrip diensten van algemeen economisch belang besproken (2.7.3), waarna in wordt gegaan op het mededingingsrecht en de vrij verkeerregels aan de hand van de gehanteerde proportionaliteitstest (2.7.4). Ten slotte wordt in de slotsom antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de nationale wetgever wordt beperkt door het primaire EU-recht bij het reguleren van nutssectoren (2.7.5).

2.7.2 Drie manieren om met spanning tussen markt en publiek belang om te gaan

Op het terrein van nutssectoren geldt uitgebreide EG-regelgeving die paal en perk stelt aan de wijze van reguleren van de betrokken sectoren. Aan het begin van dit hoofdstuk kwam aan de orde dat op drie manieren kan worden omgegaan met de spanning die bestaat tussen de markt en het borgen van publieke belangen gegeven de Europeesrechtelijke context. De drie mogelijkheden worden hier nogmaals in herinnering gebracht en daarbij wordt beoordeeld in hoeverre in het voorgaande is gebleken dat van deze mogelijkheden gebruik is gemaakt.

Ten eerste kan men aan de lidstaten volledige soevereiniteit toekennen. Het staat de lidstaten dan vrij om de betrokken sectoren te reguleren op een wijze die hen goed dunkt en de EG heeft geen competentie om in te grijpen. De verschillende lidstaten zullen hun uiteenlopende tradities behouden en dit zal waarschijnlijk een negatief effect hebben op het bereiken van een interne gemeenschappelijke markt.

Ten tweede kan men bepalen dat het EU-recht in een bepaalde sector van toepassing is, maar dat daar onder bepaalde voorwaarden een uitzondering op kan worden gemaakt door de lidstaat. In principe gelden dan de regels uit het VWEU, maar als dat het dienen van een sociaal publiek belang verhindert, kan van de regels door de lidstaat worden afgeweken. Voor deze gevallen heeft het Hof een proportionaliteitstoets aangelegd op grond waarvan wordt gepoogd een balans te bereiken tussen de sociale publieke belangen die de lidstaten proberen te verwezenlijken en de interne gemeenschappelijke markt die de EG wil bereiken.

Ten derde kan de EG zelf met sectorale oplossingen komen door secundaire regelgeving tot stand te brengen. Zo kunnen EG-instellingen een richtlijn tot stand brengen om de regulering van een bepaalde sector in alle lidstaten tot op zekere hoogte te harmoniseren. Hiermee wordt bereikt dat op bepaalde punten minder of geen verschillen tussen de lidstaten zijn in het reguleren van bepaalde sectoren. Dit betekent uiteindelijk dat de EG in deze gevallen in beginsel bepaalt wat publieke belangen zijn en hoe deze (kunnen) worden geborgd. De lidstaten hebben niet langer de bevoegdheid om te beslissen wat voor hen van algemeen belang is.

De eerste mogelijkheid is om lidstaten volledige soevereiniteit toe te kennen. Lidstaten kunnen dan zelf volledig zelf bepalen hoe zij met regulering omgaan. Deze mogelijkheid geldt voor diensten die geen economisch karakter hebben, hier aangeduid als DANEB. Wanneer eerder sprake is van DANEB zijn lidstaten vrij om te bepalen hoe zij deze reguleren. Omdat de dienst geen economisch karakter heeft, valt de dienst niet onder de toepassing van de verdragsregels en heeft de lidstaat de bevoegdheid zelf te beslissen over de regulering ervan. De marktordening van de drinkwatersector is nog niet door Europese secundaire regelgeving gereguleerd. Niet valt uit te sluiten dat de levering van drinkwater zou kunnen worden opgevat als DANEB. Er zijn echter ook argumenten – in mijn visie betere – die pleiten voor het kwalificeren van drinkwater als DAEB.³⁰⁹

Het is duidelijk geworden dat van de eerste variant bij de regulering van de nutssectoren doorgaans geen eerder sprake is omdat daarin nu juist economische activiteiten plaatsvinden. De EG heeft een sterke greep op de markten van de lidstaten en daarvan zijn markten in nutssectoren niet principieel uitgezonderd. Dit hangt samen met uitleg door het Hof van het centrale begrip 'onderneming'. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt naar publiek- of privaatrechtelijk karakter. Elke entiteit die economische activiteiten verricht, is een onderneming en valt daarmee in beginsel onder de toepassing van het verdrags- en daarmee ook het mededingingsrecht.

De tweede mogelijk is dat de VWEU-regels van toepassing zijn, maar dat daarop uitzonderingen mogelijk zijn in het algemeen belang. Dit gegeven is een sterke nuancering van de greep van het EU-recht. Wanneer publieke belangen in het geding zijn, blijkt het mededingingsrecht te moeten wijken voor een coulanter regime. In het EG-mededingingsrecht wordt expliciet rekening gehouden met publieke belangen die worden vastgesteld door de lidstaten.

Hiervan is bijvoorbeeld eerder sprake in artikel 106, tweede lid, VWEU. Onder strikte voorwaarden is een afwijking van het mededingingsrecht mogelijk ten aanzien van publieke ondernemingen en ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten worden toegekend. Deze strikte voorwaarden zien onder andere op het karakter van de betrokken dienst. Als eerder sprake is van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB), dan is een rechtvaardiging aanwezig voor proportioneel staatsingrijpen, zoals het toekennen van bijzondere of uitsluitende rechten. Dit artikel speelt een sleutelrol in de regulering van nuts-

³⁰⁹ Zie paragraaf 5.3.

sectoren omdat DAEB in deze sectoren voorkomen. Gebleken is dat het begrip DAEB niet moet worden opgevat als een deelverzameling van 'diensten' in de zin van artikel 49 VWEU. Ook de levering van basisgoederen, zoals gas en elektriciteit, kan onder het begrip DAEB worden geschaard.

Ook in de vrij verkeerregels is een systeem te ontwaren, waarbij in beginsel de regels – verbod van belemmeringen – uitgangspunt zijn, maar onder omstandigheden daarop uitzonderingen in het algemeen belang kunnen worden gemaakt. Zo kent men inzake het vrij verkeer van diensten de algemeen belangexcepties, inzake het vrij verkeer van goederen 'dwingende vereisten' inzake het vrij verkeer van kapitaal zogenaamde rechtvaardigingsgronden. Hierbij wordt de proportionaliteit van de betrokken belemmering door het Hof met argusogen bezien.

Ten slotte kan ten aanzien van een aantal sectoren worden geconcludeerd dat daarop de derde variant van het omgaan met deze spanning van toepassing is. Deze derde variant is het harmoniseren van de regels in verschillende lidstaten door middel van EG-richtlijnen. Zo zijn inzake gas en elektriciteit, openbaar vervoer en telecommunicatie sectorspecifieke richtlijnen tot stand gebracht die in de sectorhoofdstukken (5 tot en met 8) van deze studie aan de orde zullen komen.

2.7.3 Diensten van algemeen economisch belang

Een belangrijk punt is dat de individuele lidstaat in beginsel zelf beslist of bepaalde goederen of diensten tot de DAEB worden gerekend. Hier bestaat derhalve enige beoordelings- en beslissingsvrijheid voor de lidstaat en op dit punt knellen de EU-rechtelijke grenzen niet. Dit houdt verband met het gegeven dat van oudsher vanwege culturele verschillen in de ene lidstaat iets van algemeen belang wordt geacht, terwijl dit in een andere lidstaat niet het geval is. Het concept DAEB is derhalve op EG-niveau geïntroduceerd maar de invulling ervan wordt aan de lidstaten overgelaten.

Dit betekent niet dat alle diensten of goederen die worden geleverd in nutssectoren zonder meer tot DAEB kunnen worden gerekend. Steeds opnieuw zal moeten worden bezien welke diensten of distributie van welke goederen tot de DAEB kunnen worden gerekend. Om iets als een DAEB te kunnen kwalificeren moet het gaan om een algemeen of openbaar belang. Dit betekent niet dat het per se een exclusief of bijzonder recht in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU moet betreffen. Het is goed mogelijk dat in een sector eenzelfde onderneming zowel DAEB als gewone diensten of goederen levert. Het Hof toetst de buitengrenzen van het begrip. Het gemeenschappelijk kenmerk van DAEB lijkt te zijn dat de betrokken diensten vanwege specifieke kenmerken van de dienstverlening niet op de wijze die in het algemeen (of publiek) belang is, tegen commercieel aanvaardbare voorwaarden kunnen worden verleend.

De uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU geldt ook voor de situatie waarin de staat DAEB compenseert. De toepassing van deze uitzondering leidt ertoe dat de staatssteunregels op grond van artikel 107 VWEU niet onverkort gelden als eerder sprake is van financiële betrokkenheid van de lidstaat bij het borgen van publieke belangen. Ook aan deze uitzonderingen zijn voorwaarden verbonden die zijn neergelegd in het *Altmark*-arrest. Een belangrijke eis die in *Altmark* wordt gesteld voor het compenseren van ondernemingen die DAEB verrichten, is dat de onderneming wordt belast met duidelijk omschreven ODV. Hier wordt een actieve rol van de overheid gevraagd.

Er moet steeds eerder sprake zijn van uitdrukkelijke overheidssturing in het geval van DAEB. De overheid legt dan ODV op aan de betrokken leverancier. Dit zijn de voorwaarden waaronder geleverd moet worden. De idee is dat zonder ODV een onderneming in haar eigen commerciële belang tot andere keuzes zou komen. De ODV dienen het algemeen belang. Een type ODV dat al op EG-niveau is ingevuld, zijn de UDV. Van bepaalde diensten is op EG-niveau reeds bepaald dat zij DAEB zijn en terzake daarvan moeten UDV worden nageleefd. UDV verplichten er kort gezegd toe dat op het gehele grondgebied moet worden geleverd tegen min of meer gelijke en redelijke prijzen.

2.7.4 Proportionaliteit

Aan de hand van de proportionaliteitstest beoordeelt het Hof of overheidsingrijpen van de lidstaat in overeenstemming met het EU-recht is. Is het overheidsingrijpen proportioneel, dan kan een uitzondering op het verdragsrecht gerechtvaardigd zijn, is het niet zo dan moet het worden afgewezen. Zoals hiervoor reeds bleek, is de proportionaliteitstoets onder artikel 106, tweede lid, VWEU nog geenszins helder afgebakend. De jurisprudentie lijkt een ontwikkeling door te maken die verschillende kanten uitgaat en in de literatuur bestaan uiteenlopende meningen over de hantering en zelfs het bestaan van een echte proportionaliteitstoets. Duidelijk wordt hiermee dat artikel 106, tweede lid, VWEU voorlopig een bron van jurisprudentie en literatuur zal blijven waarbij niet altijd op voorhand adequaat is in te schatten wat de uitkomst zal zijn. Lidstaten hebben om deze reden weinig zekerheid over de finesses van deze toets. Hierdoor zijn zij niet zeker dat zij het verdrag op de juiste wijze naleven en zullen zij reden hebben de grenzen van het EU-recht te blijven verkennen.

De EG was lange tijd een samenwerkingsverband dat sterk was gericht op economische aspecten, geïnspireerd op het Anglosaksische model. Het belangrijkste doel was het realiseren van een interne gemeenschappelijke markt om een zo groot mogelijke welvaart en daarmee welzijn te bereiken. DAEB en dergelijke waren drempels die in de weg stonden aan dat ideaal. Recent lijkt de continentale *service public*-traditie aan invloed te winnen of lijkt in ieder geval meer ruimte te komen voor de verschillende wijzen waarop lidstaten hun DAEB wensen te organiseren. Op politiek niveau is steeds meer aandacht voor DAEB en wordt meer nadruk gelegd op de ruimte voor lidstaten om deze te organiseren. Het Hof is geen instelling die in een vacuüm opereert en zal hiermee rekening hebben te houden. In de jurisprudentie is dan ook een ontwikkeling zichtbaar van een zeer strikte proportionaliteitstoets richting een flexibelere toets.

De ontwikkeling in de jurisprudentie leidt tot de conclusie dat artikel 106, tweede lid, VWEU steeds meer verwordt tot een bijzonder regime voor DAEB en niet langer moet worden opgevat als een zeer strikt geïnterpreteerde uitzondering op het mededingingsrecht. Hiermee is echter geenszins gezegd dat lidstaten veel vrijheid hebben om hun DAEB te organiseren. Het Gerecht heeft recentelijk uitspraken gedaan, waarin weer een zeer strenge toets wordt gehanteerd en het is de vraag hoe het Hof met deze ontwikkeling zal omgaan.

2.7.5 Conclusie

Hoe moet nu het antwoord luiden op de vraag welke grenzen het Europese recht stelt aan de vrijheid die de nationale wetgever heeft bij het reguleren van nutssectoren? Een belangrijke constatering is dat op EG-niveau dit door de rechter wordt bepaald, omdat in het verdrag de markt min of meer tot principe is verheven en de rechter op grond van het verdrag – een eco-

nomische constitutie – een afweging maakt tussen economisch en sociaal beleid. Op het niveau van de lidstaten is het doorgaans zo dat de keuzes tussen economisch en sociaal beleid worden gemaakt door de politiek. Op EG-niveau is in veel gevallen deze afweging al voor de nationale politiek gemaakt en wel door het Hof, dat met het doel van een interne gemeenschappelijke markt voor ogen de doorgaans vage termen van het VWEU interpreteert.

Ten eerste moet daadwerkelijk eerder sprake zijn van een algemeen belang of van DAEB. Als geen eerder sprake is van een algemeen belang, is immers geen ruimte voor het maken van een uitzondering op het strikte EU-recht. Niet alle diensten geleverd in nutssectoren zijn DAEB. Inmiddels is de jurisprudentie echter versoepeld in die zin dat ook het verrichten van niet-DAEB kan worden uitgezonderd van het verdragsrecht als de betrokken onderneming ook DAEB verricht en de verrichting van niet-DAEB nodig heeft om onder economisch acceptabele voorwaarden te kunnen functioneren.

Ten tweede is veel aandacht voor de proportionaliteit van de maatregel die een belemmering inhoudt van het realiseren van de interne markt. Deze test is op het terrein van het vrij verkeer streng, hetgeen duidelijkheid verschaft. Op het terrein van artikel 106, tweede lid, VWEU echter moet geconstateerd worden dat onduidelijk blijft wat nu precies toelaatbaar is bij het reguleren van ondernemingen waaraan bijzondere of exclusieve rechten zijn toegekend. In ieder geval wordt duidelijk dat van een versoepeling in de jurisprudentie kan worden gesproken waarin door het Hof een minder strenge proportionaliteitstest wordt gehanteerd. Het Gerecht heeft recent echter jurisprudentie tot stand gebracht waar in relatie tot artikel 106, tweede lid, VWEU weer een strikte toets wordt gehanteerd. Het is de vraag hoe het Hof hiermee zal omgaan.

Alles bij elkaar genomen wordt duidelijk dat het Hof in de loop van de tijd iets coulanter lijkt te zijn geworden met het honoreren van uitzonderingen op het verdragsrecht, in het bijzonder ter zake van de proportionaliteitstoets van artikel 106, tweede lid, VWEU. Maar het Hof opereert niet in een vacuüm. Ondertussen is op politiek niveau in de EG een toenemende aandacht voor het verrichten van DAEB, zoals sterk naar voren komt in het interpretatief protocol bij artikel 16 VWEU. Hierbij valt met name op dat expliciet discretionaire bevoegdheden aan de lidstaten worden gelaten en ruimte wordt gecreëerd voor de onderling verschillende tradities in de organisatie van DAEB. Hiermee wordt de rol van DAEB nadrukkelijk naar voren gebracht als een belangrijk element van de EG. Tegelijkertijd wordt de invulling hiervan voor een belangrijk deel aan de lidstaten gelaten. Dit laatste levert niet alleen een bevestiging op van de in de inleiding van dit hoofdstuk gestelde gang van een economisch naar een meer sociaal Europa, maar ook van een Europa waarin op het terrein van DAEB ruimte is voor de lidstaten om deze te organiseren.

Men zou kunnen stellen dat de ideologie van de continentale *service public*-traditie zich steeds meer doet voelen op EG-niveau. Deze traditie is zowel in Frankrijk (*service public*) als in Duitsland (*Daseinsvorsorge*) van oudsher dominant en kent als uitgangspunt dat de staat bepaalde diensten die van algemeen belang zijn, verzorgt. De opkomst hiervan nuanceert de Angelsaksische vrije markt-ideologie, die vanaf de jaren tachtig in zekere mate dominant was in het EU-recht. Hiernaast is eerder sprake van een politiek uitgangspunt dat de lidstaten de DAEB moeten bepalen en organiseren. In hoeverre dit politieke uitgangspunt ook daadwerkelijk juridisch zijn beslag gaat krijgen, zal de komende jaren moeten blijken.

3. PUBLIEKE BELANGEN EN CONCURRENTIE IN NUTSSECTOREN

3.1 Inleiding

Nutssectoren zijn de afgelopen jaren het object geweest van ingrijpende institutionele ontwikkelingen. In veel van deze sectoren is een vorm van marktwerking geïntroduceerd, waardoor de wijze van functioneren van de sectoren sterk is veranderd. Ook het denken over het reguleren van deze markten heeft niet stilgestaan.

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord op welke wijze instrumenten in nutssectoren moeten worden ingezet om ervoor te zorgen dat publieke belangen, met hun bijzondere aard, op markten in nutssectoren kunnen worden geborgd. Hiertoe wordt een aantal uitgangspunten geformuleerd waaraan instrumenten en de inzet ervan moet voldoen.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden wordt eerst ingegaan op de regulering van nutssectoren waarbij de begripsvorming over regulering wordt besproken en wordt vastgesteld wat onder regulering moet worden begrepen. Regulering is een begrip dat op verschillende wijzen kan worden geïnterpreteerd en daarom is het van belang om inzichtelijk te maken waar de grenzen van regulering in dit onderzoek getrokken zijn (3.2). Hierna wordt vastgesteld wat in deze studie onder nutssectoren wordt verstaan en welke gemeenschappelijke kenmerken zij hebben. Daarbij wordt besproken welke motieven er kunnen zijn om nutssectoren te reguleren (3.3). Daarna worden regimeveranderingen beschreven waarvan nutssectoren in de afgelopen jaren object zijn geweest: privatisering, liberalisering, commercialisering en internationalisering. Deze regimeveranderingen hebben rechtstreekse gevolgen voor de wijze van regulering van de nutssectoren (3.4). Vervolgens wordt aandacht besteed aan publieke belangen: het begrip, de kenmerken ervan en de typen publieke belangen die kunnen worden onderscheiden, worden beschreven waarna aandacht wordt besteed aan de concrete publieke belangen in nutssectoren (3.5). Daarna wordt ingegaan op de verschillende partijen die een rol spelen in nutssectoren en worden deze rollen geanalyseerd aan de hand van de verschillende concurrentiemodaliteiten (3.6). Als laatste worden de verschillende mogelijke vormen van concurrentie in nutssectoren beschreven, waarbij wordt aangegeven welke kenmerken aanleiding zijn om voor de betrokken concurrentiemodaliteit te kiezen (3.7). Op grond van de regimeveranderingen, de kenmerken van nutssectoren, de eigen aard van publieke belangen, de gevolgen voor regulering van verschillende vormen van concurrentie en de bespreking van de regulerende partijen wordt ten slotte geformuleerd aan welke punten aandacht moet worden besteed bij het reguleren van nutssectoren (3.8).

3.2 Regulering

3.2.1 Inleiding

Hierna wordt eerst ingegaan op de begrippen regulering, deregulering, zelfregulering en herregulering (3.2.2-3.2.3). Vervolgens wordt in de slotsom een en ander samengevat (3.2.4).

3.2.2 Regulering

Het begrip regulering wordt vaak gebruikt zonder uitgebreide toelichting, maar kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Het is daarom van belang vast te stellen wat in deze studie onder regulering wordt verstaan. Voor het begrip regulering is aansluiting gezocht bij de Angelsaksische literatuur. In deze literatuur wordt het begrip regulering op drie verschillende manieren uitgelegd.¹

Ten eerste kan regulering worden opgevat als een specifieke verzameling bevelen die worden uitgevaardigd door de wetgever en toegepast door een bepaald lichaam dat voor dit doel is opgericht. Dit lichaam wordt in deze context *regulator* genoemd.

Ten tweede kan regulering worden opgevat als bewuste overheidsbeïnvloeding. In deze zin is regulering een breder begrip dan het hiervoor behandelde en dekt het alle manieren waarop de staat de maatschappij beïnvloedt. *Command and control* wetgeving valt onder dit begrip, maar ook allerlei andere manieren van beïnvloeding, zoals het geven van financiële prikkels, afsluiten van contracten, uitbesteden, voorzien in informatie e.d.

Ten derde kan regulering worden opgevat als alle vormen van sociale controle of invloed. Dit begrip is nog wat breder dan het vorige. Het gaat niet langer uitsluitend om overheidsinvloed, maar in deze visie kan regulering ook bijvoorbeeld door de markt plaatsvinden. Deze opvatting van regulering onderscheidt zich daarnaast van de voorgaande omdat geen opzet nodig is om regulering te laten plaatsvinden, de uitkomst van regulering kan ook toevallig zijn.

In deze studie wordt gekozen voor een opvatting van regulering die aansluit bij de hiervoor beschreven tweede variant. Door Selznick wordt dit type regulering omschreven als '*sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community*'.² Selznick baseert zich hierbij op de in de Verenigde Staten sinds lang gangbare praktijk dat *public agencies*, die op afstand van de democratische organen zijn geplaatst, vergaande bevoegdheden hebben om een sector te reguleren. Deze bevoegdheden bestaan niet alleen uit toezicht houden en handhavend optreden maar ook uit het vaststellen van algemene regels. In Nederland is het ongebruikelijk dat onderdelen van de uitvoerende macht ook wetgevende bevoegdheden hebben. Om deze reden wordt hier de term *public agency* niet vertaald met toezichthouder of zelfstandig bestuursorgaan maar met overheid in meer algemene zin.

Hieruit volgt, vrij vertaald, een definitie van het begrip regulering zoals dat in dit onderzoek zou kunnen worden gehanteerd: een bestendige en gerichte beïnvloeding door de overheid van activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving.

Feintuck voegt aan zijn definitie voor het doel van zijn onderzoek naar de betekenis van het begrip '*public interest*' in regulering nog aan toe dat het gaat om 'control over private acti-

¹ Baldwin & Cave 1998, hoofdstuk 1.

² Selznick 1985, p. 363.

vities'.³ In het kader van dit onderzoek is voor die verfijning niet gekozen. Het begrip private activiteiten levert een onwenselijke beperking op. Ook niet privaatrechtelijke activiteiten kunnen object van regulering zijn. Het begrip 'economische activiteiten', een meer neutrale term, zou mogelijk in de definitie passen. Nutssectoren hebben echter niet per definitie gemeen dat de kernactiviteiten die daarin verricht worden economische activiteiten zijn in de zin van het VWEU, zoals in het vorige hoofdstuk is gebleken.⁴ Of activiteiten worden gekwalificeerd als 'economisch' in de zin van het VWEU hangt immers samen met de door de nationale wetgever gekozen organisatie ervan. Om deze reden vormt het begrip 'economische activiteiten' geen zinvolle aanvulling op het hiervoor omschreven begrip regulering. Het zal beperkt blijven tot activiteiten. De definitie van het begrip regulering in nutssectoren, zoals in dit onderzoek wordt gehanteerd, luidt daarom:

Een bestendige en gerichte beïnvloeding door de overheid van activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving.

Het initiatief voor regulering in de hier gekozen zin (bewuste overheidsbeïnvloeding) ligt vanzelfsprekend bij de overheid en dan in eerste instantie bij de wetgever. Regulering kan op veel verschillende manieren plaatsvinden. In de definitie komt tot uitdrukking dat het gaat om economische activiteiten die bovendien van grote betekenis zijn voor de samenleving; hierin komt een van de kenmerken van nutssectoren naar voren: het gaat om goederen en diensten die van algemeen nut worden geacht.⁵

Het uiteindelijk borgen van publieke belangen gebeurt mogelijk, maar niet altijd rechtstreeks door het inzetten van instrumenten door de overheid. Sommige instrumenten hebben uitsluitend een faciliterende functie. Het daadwerkelijk borgen van publieke belangen kan dan ook van marktpartijen afhangen.

Als de overheid een reguleringsinstrument inzet om de toegang tot de markt te reguleren en daarbij bijvoorbeeld kwaliteitseisen stelt aan de betrokken toetreders, realiseert zij het publieke belang (in casu een bepaalde kwaliteit) rechtstreeks door middel van het reguleringsinstrument.

Onder omstandigheden is het gewenst dat de overheid een reguleringsinstrument inzet ten behoeve van het verschaffen van informatie aan consumenten. Dit kan door een wettelijke informatieverplichting gebeuren. Ook kan de overheid zelf actief informatie openbaar maken. Uiteindelijk is het dan de consument die beslist of hij naar aanleiding van de ontvangen informatie anders gaat handelen. De borging van het publieke belang vindt dan op het niveau van de consument plaats.

Uit het voorgaande blijkt dat regulering in het kader van dit onderzoek niet uitsluitend ziet op eenzijdig ingrijpen door de overheid. Juist in geliberaliseerde sector zijn in het kader van dit onderzoek daarnaast nog twee facetten te onderscheiden waarin de overheidsbeïnvloeding wordt gekwalificeerd als regulering. Hierbij gaat het ten eerste om het faciliteren van de interactie tussen ondernemingen. De overheid schept dan randvoorwaarden waardoor de concurrentie wordt ondersteund of bevorderd. Een voorbeeld hiervan is zijn de regels van het mededingingsrecht. Ten tweede kan de overheid de concurrentie bevorderen door ervoor te zorgen dat consumenten over voldoende keuzevrijheid beschikken. Een voorbeeld hiervan is het bevorderen van de transparantie zodat consumenten over voldoende informatie beschikken om keuzes te maken tussen verschillende aanbieders. Samenvattend worden onder de

³ Feintuck 2004, p. 6.

⁴ Zie paragraaf 2.2.4.

⁵ Zie paragraaf 3.3.3.

definitie van regulering de volgende facetten begrepen: (1) eenzijdig ingrijpen door de overheid en (2) het faciliteren van concurrentie door het beïnvloeden van de interactie tussen ondernemingen en (3) het faciliteren van de keuzevrijheid van consumenten.

Als, later in dit onderzoek, wordt gezien welke instrumenten de wetgever hierbij ten dienste staan, zal duidelijk worden dat hij ook instrumenten in handen van burgers of private ondernemingen kan leggen. Het instrument maakt deel uit van het reguleringsontwerp voor de markt dat de wetgever voor ogen heeft. Maar het sluit niet uit dat het borgen van publieke belangen niet door de overheid zelf plaatsvindt, maar door een marktpartij. Zoals in hoofdstuk 4 zal blijken, kunnen de hier bedoelde instrumenten zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk als feitelijk van aard zijn.

3.2.3 Verwante begrippen

3.2.3.1 Deregulering

Net als het begrip regulering, wordt het begrip deregulering vaak gebruikt zonder een uitgebreide begripsomschrijving.⁶ De betekenis van deregulering blijkt lastig te duiden en in de loop van de tijd te verschuiven.⁷ In Hoofdstukken van bestuursrecht wordt deregulering als volgt omschreven: 'Hierbij gaat het niet zozeer om het afschaffen van regels en daarmee het afschaffen van overheidsbemoeiing, als wel om een beleid waarbij overheidsbemoeienis sterk wordt teruggebracht in gedetailleerdheid, vereenvoudigd en beter naleefbaar en uitvoerbaar wordt'.⁸

Sinds lange tijd is deregulering een doel van regeringsbeleid. Het meest recente programma is getiteld 'Vertrouwen in wetgeving'.⁹ Hieraan voorafgaand is het programma 'Bruikbare rechtsorde' tot stand gebracht. Dit programma is een opvolger van de programma's 'Markwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit'¹⁰ en 'Beter bestuur voor burger en bedrijf' (B4).¹¹ Het doel dat de regering zich in 2004 stelde in de nota Bruikbare rechtsorde was onder meer het beperken van de regeldruk.¹² Het programma dat voortvloeide uit de nota was erop gericht tot wetgeving te komen, 'die burgers werkelijk ruimte laat en niet als onredelijk beperkend voor hun handelen wordt ervaren'.¹³ Vervolgens is het programma 'Vertrouwen in wetgeving' tot stand gebracht. Het programma beoogt een integraal wetgevingsbeleid te vormen dat uitgaat van vertrouwen in burgers, bedrijfsleven en professionals en omgekeerd het vertrouwen dat de samenleving moet kunnen stellen in de wet en de zorgvuldige uitvoering ervan.¹⁴ Al deze programma's beogen met hun eigen invalshoeken de lasten voor burgers en bedrijfsleven te verminderen en gedetailleerde wet- en regelgeving te vermijden en daarmee beogen zij allemaal deregulering.

Deregulering wordt vaak in één adem genoemd met liberalisering en privatisering. Dit is niet verwonderlijk aangezien liberalisering en privatisering met ingrijpende wijzigingen ge-

⁶ Zie bijvoorbeeld Geelhoed 1993, p. 33-51.

⁷ Zie hierover Winter, Grit & Brameijer 2009, p. 73-94.

⁸ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 24.

⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 1.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1994/95, 24 036, nr. 1.

¹¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 755, nr. 1.

¹² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9.

¹³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 2.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 371, nr. 1.

paard gaan en het daarbij de bedoeling is dat de overheidsbemoeienis afneemt zodat ruimte ontstaat voor marktwerking. Er vindt dan een herpositionering van de wetgever plaats die aanleiding geeft voor onder andere deregulering.¹⁵

3.2.3.2 Herregulering

Na deregulering waarmee een liberalisering is ingezet, is er vaak behoefte aan herregulering. Door de veranderde positie van de overheid op het betreffende beleidsterrein, moet een her-schikking en herijking plaatsvinden van de instrumenten die door de overheid worden ingezet.¹⁶ Herregulering blijkt vaak aan de orde na deregulering en het invoeren van marktwerking. Dit kan verband houden met onvoorziene effecten van de deregulering, maar ook met nieuwe regels die noodzakelijk zijn in verband met de nieuwe positie en rol van de overheid in de situatie na liberalisering en privatisering.

Na de liberalisering van de taxisector bleek dat er een significant aantal chauffeurs niet aan de vereisten voldeed die je zou mogen stellen aan een taxichauffeur. Als gevolg daarvan werd de chauffeurspas ingevoerd. Alle chauffeurs moesten per 1 januari 2006 over een chauffeurspas beschikken. Om deze pas te verkrijgen, moest een examen worden afgelegd.

3.2.3.3 Zelfregulering

Er is in toenemende mate aandacht voor het zelfregulerend vermogen van maatschappelijke verbanden als alternatief sturingsinstrument. Er zijn verschillende vormen van zelfregulering.¹⁷ Bij zuivere en vervangende zelfregulering is geen eerder sprake van regulering in de zin van deze studie. Zoals eerder in dit hoofdstuk opgemerkt, ziet regulering in de zin van dit onderzoek op regulering door de overheid. Hierbij kan de overheid ook instrumenten ter beschikking kan stellen aan derden. Daarom valt wettelijk geconditioneerde zelfregulering wel onder het begrip regulering. In deze studie wordt niet in het bijzonder aandacht besteed aan zelfregulering.

3.2.4 Slotsom

Regulering is in het kader van deze studie als volgt gedefinieerd: een bestendige en gerichte beïnvloeding door de overheid van activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving. Hieronder wordt niet alleen rechtstreeks overheidsingrijpen begrepen. Ook het faciliteren van de concurrentie tussen ondernemingen en het faciliteren van consumenten valt onder het begrip regulering.

Verwant aan dit begrip zijn de begrippen deregulering, herregulering en zelfregulering, die hiervoor kort zijn beschreven. De uitleg van het begrip regulering draagt bij aan het antwoord op de hoofdvraag van dit hoofdstuk welke eigenschappen instrumenten zouden moeten hebben, omdat hierdoor in abstracto duidelijk wordt wat onder instrumenten moet worden begrepen.

¹⁵ Geelhoed 1993, p. 40.

¹⁶ Geelhoed 1993, p. 40.

¹⁷ Geelhoed 1993, p. 49-50.

3.3 Nutssectoren

3.3.1 Inleiding

Om de vraag te beantwoorden waarom nutssectoren moeten worden gereguleerd, moet duidelijk zijn wat onder nutssectoren wordt verstaan. Hierover kan verschillend worden gedacht. Het is daarom van belang om voor zover mogelijk te komen tot een uitleg van het begrip nutssector met onderscheidend vermogen. Ook moet worden besproken welke motieven een rol kunnen spelen bij de regulering van nutssectoren. Ten slotte kan dan een begin worden gemaakt met het antwoord op de vraag met welke aspecten uitdrukkelijk rekening moet worden gehouden bij het reguleren van nutssectoren.

Eerst wordt ingegaan op het begrip nutssectoren en de onderscheidende kenmerken ervan (3.3.2). Vervolgens worden de motieven en redenen voor regulering van nutssectoren besproken (3.3.3). Tot slot wordt een antwoord gegeven op de vraag waarom nutssectoren zouden moeten worden gereguleerd en met welke aspecten daarbij rekening moet worden gehouden (3.3.4).

3.3.2 Begrip en kenmerken nutssectoren

3.3.2.1 *Begrip nutssectoren*

In deze studie wordt de term nutssectoren gehanteerd. Een andere term die wordt gehanteerd om de hier aan de orde zijnde sectoren te benoemen, is 'netwerksectoren'. Dit begrip wordt gehanteerd in Europese beleidsstukken en in navolging daarvan is het gebruikt in de kabinetsnota Publieke belangen en marktordening.¹⁸

Er zijn acht sectoren die door de Europese Commissie (Commissie) tot de netwerksectoren, oftewel *network industries* worden gerekend. Dit zijn de sectoren telecommunicatie, post, energie, waarbinnen kan worden onderscheiden tussen gas en elektriciteit, transport, waaronder stads- en streekvervoer, luchtvervoer en spoorwegen en tot slot water.¹⁹

Deze sectoren hebben een aantal kenmerken gemeenschappelijke. Ten eerste kenmerken (een deel van) de activiteiten verricht in netwerksectoren zich volgens de Commissie door een technologisch natuurlijk monopolie. Ten tweede worden netwerksectoren gekenmerkt doordat daarin op grond van het EU-recht universele dienstverplichtingen worden opgelegd. Ten derde, en vanwege het natuurlijk monopolie, zijn netwerksectoren onderwerp van regulering, aldus de Europese Commissie.²⁰

Op deze kwalificatie van netwerksectoren kan op een aantal punten kritiek worden geleverd. Ten eerste kan niet worden gezegd dat in alle hiervoor opgesomde netwerksectoren eerder sprake is van een natuurlijk monopolie,²¹ terwijl in andere sectoren ook eerder sprake kan zijn van een natuurlijk monopolie. Daarnaast worden in meer sectoren dan alleen de genoemde netwerksectoren universele dienstverplichtingen opgelegd en worden ook andere sectoren gereguleerd (in de hier verdedigde opvatting van regulering worden alle sectoren op een of andere wijze gereguleerd). Bovendien levert het een cirkelredenering op om sectoren te definiëren al naar gelang de regulering die erop wordt toegepast. De universele dienstver-

¹⁸ European Commission 2003 en nota Publieke belangen en marktordening 2000.

¹⁹ European Commission 2003, p. 11.

²⁰ European Commission 2003, p. 11.

²¹ Zie verder paragraaf 3.3.3.3.

plichtingen worden opgelegd wegens bepaalde kenmerken van de sector. De sector kenmerkt zich dus niet door het feit dat universele dienstverplichtingen worden opgelegd.

In Angelsaksische literatuur komt men ook wel de term *network utilities* tegen. Dit zijn '*public utilities that require a fixed network to deliver their services, and include gas, electricity, water, rail and fixed link telephony.*'²² Dit lijkt een scherpe definitie. Er worden twee kenmerken onderscheiden. Ten eerste gaat het om publieke nutssectoren en ten tweede kenmerken zij zich door de noodzakelijke aanwezigheid van een vaste infrastructuur. De term '*network utilities*' laat zich niet gemakkelijk vertalen. Netwerknutssectoren doet niet alleen gek aan, maar vergroot ook de leesbaarheid niet. Daarom wordt hier de term nutssectoren gebruikt, met dien verstande dat hierbij wordt uitgegaan van nutssectoren die een zekere infrastructuur kennen.

Het begrip nutssectoren, komt overeen met het Angelsaksische begrip *utility sectors*. Dit begrip drukt een belangrijk gemeenschappelijk kenmerk uit van de hier onderzochte sectoren, namelijk het nut dat de betrokken goederen en diensten verschaffen. Dit 'nut' ziet niet alleen op de individuele behoeften van burgers, maar ook op het nut van deze diensten voor de maatschappij als geheel. Stout gaat in haar oratie, in navolging van Bovens en Scheltema, niet uit van de kenmerken van nutssectoren maar van de kenmerken van nutsdiensten.²³ Om te kunnen beschrijven wat nutssectoren zijn, moeten eerst de kenmerken van de geleverde diensten worden omschreven.

3.3.2.2 Kenmerken nutsdiensten

In de vorige subparagraaf bleek dat nutssectoren het best kunnen worden beschreven vanuit de diensten die in deze sectoren worden geleverd. Hierna wordt ingegaan op de literatuur waarin nutsdiensten worden behandeld en worden op grond hiervan de gemeenschappelijke kenmerken van nutsdiensten beschreven.

Bovens en Scheltema spreken van nutsvoorzieningen. Zij formuleren drie generieke kenmerken van nutsvoorzieningen. Ten eerste strekken zij tot nut van het algemeen, ten tweede is het productieproces sterk bedrijfsmatig georganiseerd en wijkt het af van een normale overheidsorganisatie en ten derde hebben nutsdiensten een sterk monopolioïde karakter.²⁴ Stout hanteert het begrip nutssectoren en sluit zich aan bij de drie door Bovens en Scheltema genoemde kenmerken. Zij noemt nutsdiensten 'als het ware sociaal cement. Zij zijn onontbeerlijk, omdat zonder deze diensten samenleven niet of nauwelijks mogelijk is.'²⁵ Het gegeven dat zij tot nut van het algemeen strekken, betekent dat zij essentieel zijn voor het functioneren van moderne samenlevingen en dat zij het niveau van individuele behoeften overstijgen.²⁶ Welke diensten tot algemeen nut strekken, is veranderlijk in de tijd en dit betekent dat er in dit onderzoek geen afgebakende groep diensten zal kunnen worden gepresenteerd als nutsdiensten.

Het begrip nutsdienst heeft derhalve een open karakter. Zo kan van bancaire diensten, gelet op de wijze waarop de overheid daar in het recente verleden mee is omgegaan, op grond van de voorgaande kenmerken inmiddels ook worden betoogd dat het om nutsdiensten gaat en daarmee zou de bancaire sector derhalve als nutssector kunnen worden gekwali-

²² Newbery 2000, p. 1.

²³ Stout 2007, p. 21.

²⁴ Bovens & Scheltema 1999, p. 159.

²⁵ Stout 2007, p. 21.

²⁶ Stout 2007, p. 21.

ficeerd. Het kan dus door een crisis maar ook door technologische ontwikkelingen of veranderde politieke verhoudingen in de loop van de tijd verschillen wat als nutsdienst moet worden gekwalificeerd. In geval van een crisis of politieke veranderingen gaat het vooral om de wijziging van wat als 'van algemeen nut' wordt beschouwd. In geval van technologische ontwikkelingen kan verandering optreden in de monopolievorming in de betrokken sector. Het is niet het doel van dit onderzoek om te komen tot een definitie van dit begrip en daarom zal worden gewerkt met deze open groep.

Het gegeven dat nutsdiensten een bovenindividueel – collectief – belang dienen, rechtvaardigt dat de overheid grip op deze diensten houdt. Dit levert een extra grote spanning op na liberalisering en privatisering van nutssectoren omdat er zowel behoefte is aan flexibiliteit en facilitering vanwege de gewenste concurrentie (3.3), maar ook behoefte bestaat aan grip van de overheid op het bestaan van adequate nutsdiensten.

In dit onderzoek worden de belangrijkste kenmerken van nutsdiensten in de volgende definitie omschreven: zij zijn van algemeen nut en worden doorgaans geleverd door middel van een infrastructuur of een netwerk van knooppunten, waardoor zonder regulering een onderneming naar alle waarschijnlijkheid over een natuurlijk monopolie zou beschikken. Van dit natuurlijk monopolie is pas eerder sprake als de dienst niet of moeilijk substitueerbaar is. Er is eerder sprake van een nutsdienst als deze drie kenmerken samenkomen.

Een ander gemeenschappelijk kenmerk van nutssectoren is dat er sinds het ontstaan ervan een pendelbeweging heeft plaatsgevonden van de markt naar de overheid en weer terug naar de markt. Nadat zij (meestal) door particulier initiatief zijn ontstaan, functioneerden deze sectoren lange tijd onder volledige overheidsinvloed.²⁷ Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is eerder sprake van een herbezinning op de publieke taak in deze sectoren en is een aantal nutssectoren geliberaliseerd en geprivatiseerd. In andere nutssectoren staat dit nog ter discussie of wordt liberalisering uitdrukkelijk van de hand gewezen.

3.3.3 Motieven voor het reguleren van nutssectoren

3.3.3.1 *Inleiding*

Er zijn verschillende soorten motieven te onderscheiden voor het reguleren van nutssectoren. Door Snellen zijn in zijn bestuurskundige oratie vier rationaliteiten onderscheiden die inherent zijn aan overheidsbeleid: de politieke, de juridische, de economische en de technisch- en sociaalwetenschappelijke rationaliteit.²⁸ Een kenmerk van deze rationaliteiten is dat zij elkaar verdringen omdat wat in de ene levenssfeer rationeel is, door de andere levenssfeer als zodanig wordt ontkend.²⁹ Hier wordt niet beoogd al deze rationaliteiten te onderzoeken en behandelen. De motieven voor het reguleren van nutssectoren worden in deze studie benaderd vanuit een andere invalshoek die in de Angelsaksische reguleringsliteratuur gebruikelijk is. Er wordt hierbij aangesloten bij de typische redenen die in moderne Westerse samenlevingen worden gebruikt om in de markt in te grijpen. Deze redenen zijn afgeleid van de tekortkomingen van het marktsysteem: vormen van marktfalen.³⁰

Ten eerste gaat het hierbij om politiek-ideologische motieven, die hier worden gevat in de begrippen distributieve rechtvaardigheid, paternalisme en maatschappelijke onevenwicht-

²⁷ Zie over deze pendelbeweging in de onderzochte sectoren paragrafen 5.2, 6.2, 7.2 en 8.2.

²⁸ Snellen 1987.

²⁹ Snellen 1987, p. 5.

³⁰ Ogus 1994, p. 29.

tigheid. Ten tweede gaat het om economische redenen om een sector te reguleren, die verband houden met de verschillende typen marktfalen. Dit zijn monopolie, informatieasymmetrie, externe effecten en collectieve goederen.³¹ Hierna worden deze motieven toegelicht.

3.3.3.2 *Politiek-ideologische motieven*

In economische termen worden politiek-ideologische motieven aangeduid als niet-economische redenen of motieven om te reguleren.³² Van deze politiek-ideologische motieven zijn verschillende indelingen denkbaar. Hierna worden twee belangrijke motieven besproken, te weten distributieve rechtvaardigheid en paternalisme, waarbij wordt ingegaan op de vraag welke rol zij spelen in nutssectoren.

a. Distributieve rechtvaardigheid

Een belangrijk motief om te reguleren is gegrond in de idee van distributieve rechtvaardigheid.³³ Dit idee ziet op de vraag hoe een samenleving zijn schaarse middelen zou moeten verdelen onder individuen met concurrerende behoeften en gaat terug op een indeling van typen rechtvaardigheid geïntroduceerd door Aristoteles in zijn *Ethica Nicomachea*. Verschillende theorieën over distributieve rechtvaardigheid zijn verdedigd met uiteenlopende uitkomsten.³⁴ Hier wordt niet ingegaan op de vraag wat distributieve rechtvaardigheid zou moeten inhouden maar wordt het slechts genoemd als een motief voor overheidsingrijpen.

Het idee van distributieve rechtvaardigheid als motief voor regulering is vanuit het perspectief van de econoom aan de orde indien men van mening is dat in een voorkomend geval de uitkomst van de markt, hoewel niet veroorzaakt door marktfalen (zie hierna), toch niet leidt tot een rechtvaardige uitkomst en daarom door de overheid moet worden gecorrigeerd. Het marktmechanisme leidt immers (in theorie) tot maximale welvaart, maar niet automatisch tot een vanuit rechtvaardigheidsperspectief ideale verdeling van die welvaart.³⁵

Bij dit motief hangt alles af van wat men distributief rechtvaardig acht. Dit kan bijvoorbeeld leiden tot de visie dat alle burgers boven een bepaald bestaansminimum zouden moeten leven. Maar het kan ook veel verder gaan en leiden tot de visie dat er zoveel mogelijk gelijkheid moet worden nagestreefd.

Wanneer eerder sprake is van distributieve rechtvaardigheid is een vraag die samenhangt met de vraag welke rol de staat inneemt in het leven van de burgers en daarom sterk verweven met een ideologisch perspectief. Het antwoord op de vraag welke balans er moet zijn tussen efficiëntie en distributieve rechtvaardigheid is er dus een die door ideologie wordt bepaald.

Het politieke uitgangspunt van het ingrijpen in nutssectoren is vaak dat een ieder in gelijke mate moet kunnen gebruik maken van nutsdiensten. Dit wordt ook wel het publieke belang van universele dienstverlening genoemd, waarop later zal worden ingegaan.³⁶ Dit kan worden gezien als het bewerkstelligen van distributieve rechtvaardigheid.

³¹ Deze specifieke opsomming is gebaseerd op de analyse van Baarsma, Pomp & Theeuwes 2006.

³² Ogus spreekt van *non economic goals*, Ogus 1994, p. 46 e.v. Baarsma, Pomp & Theeuwes spreken van niet-economische redenen voor overheidsingrijpen. Baarsma, Pomp & Theeuwes 2006, p. 16.

³³ Zie ook Ogus 1994, p. 46.

³⁴ Zie voor een bespreking van de theorieën over distributieve rechtvaardigheid sinds 1950: Roemer 1996.

³⁵ Baarsma, Pomp & Theeuwes 2006, p. 16.

³⁶ Zie paragraaf 3.5.4.

Het motief voor het subsidiëren van openbaar vervoer kan worden aangeduid als distributieve rechtvaardigheid. Zo mogen overheden op grond van EU-regelgeving *public service obligations* opleggen. Deze verplichtingen kunnen inhouden dat ook onrendabele lijnen in stand worden gehouden terwijl de overheid daar extra compensatie voor vervoerders tegenover stelt.

b. Paternalistische motieven

Een ander motief om in te grijpen in de markt wordt door economen wel aangeduid als paternalisme. In essentie kan dit begrip als volgt worden omschreven:

*'the interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person coerced.'*³⁷

Paternalisme is hierin het tegenovergestelde van de vrije keuze van de burger. Nu bepaalde nutssectoren zijn geliberaliseerd en eventueel zelfs geprivatiseerd, wordt de burger meer en meer gezien als de consument die wordt geacht zelf rationele keuzes te maken. Als eerder sprake is van meer marktwerking is er een verschuiving te ontwaren van paternalisme naar vrijheid van de burger.

Een andere omschrijving van dit fenomeen is de aanduiding van het *merit* goodmotief, in het Nederlands vertaald als 'bemoeigoederen'.³⁸ Hierbij gaat het erom uit maatschappelijke wenselijkheid bepaalde goederen voor meer mensen toegankelijk te maken dan zou gebeuren als dit aan de markt werd overgelaten.

c. Maatschappelijke onevenwichtigheid

Een derde politieke overweging om in te grijpen is als eerder sprake is van maatschappelijke onevenwichtigheid, zoals bij hoge inflatie of bij hoge werkloosheid.

3.3.3.3 Economische redenen

De politieke tendens van de afgelopen decennia is om, ook in nutssectoren, zoveel mogelijk te profiteren van de heilzame effecten van concurrentie om daarmee een zo groot mogelijke efficiëntie te bereiken.

Hierna wordt ingegaan op de rationele economische redenen die ertoe leiden dat een sector zonder overheidsingrijpen economisch inefficiënt functioneert, hetgeen afbreuk doet aan de welvaart van de maatschappij als geheel. Het is dan in het algemeen belang om de betrokken sector te reguleren. Vanuit een economische invalshoek is er reden om een sector te reguleren wanneer bij gebreke daaraan marktfalen zou plaatsvinden. Marktfalen komt veel voor, omdat de meeste markten niet voldoen aan de theoretische voorwaarden van vrije mededinging. Deze voorwaarden zijn een groot aantal aanbieders, een groot aantal vragers, een homogeen goed, volledige transparantie en vrije toe- en uittreding.³⁹

Veelal worden in de economische literatuur vier typen marktfalen genoemd: monopolievorming, informatieasymmetrie, collectieve goederen en (andere) externe effecten.⁴⁰ Als marktfalen zich voordoet, is er reden voor de overheid om in te grijpen. Hierna wordt inge-

³⁷ Ogus 1994, p. 51.

³⁸ Bovens, 't Hart & Van Twist 2007, p. 94.

³⁹ Baarsma, Pomp & Theeuwes 2006, p. 8.

⁴⁰ Baarsma, Pomp & Theeuwes 2006, p. 13.

gaan op deze verschillende typen marktfalen en steeds op de vraag in hoeverre zij zich voordoen in nutssectoren.

a. Monopolie en natuurlijk monopolie

Het begrip monopolie beschrijft de situatie waarin slechts één aanbieder de markt voorziet. Een monopolie zal waarschijnlijk ontstaan en blijven bestaan wanneer aan de volgende kenmerken wordt voldaan. Ten eerste is er een aanbieder die de markt beheerst. Ten tweede is er geen gelijkwaardig alternatief voor de consument (het goed of de dienst is niet goed substitueerbaar). Ten derde zijn er substantiële drempels om tot de markt toe te treden en is het lastig om uit te treden.

Het gevolg van een monopoliepositie is dat vanwege het gebrek aan concurrentie de monopolist de productie zal beperken en de prijs boven de marginale kosten zal vaststellen om winstmaximalisatie te bereiken. De gevolgen van een monopolie vergeleken met de situatie van perfecte concurrentie zijn hogere prijzen, een beperktere productie en een inkomensoverdracht van consumenten naar aanbieders.⁴¹

Een monopolie kan door toepassing van het mededingingsrecht worden bestreden. Zo kan op grond van de Mededingingswet en het VWEU een monopolie worden aangepakt op grond van het verbod op het misbruiken van een economische machtspositie.

Een situatie die van een 'gewoon' monopolie onderscheiden moet worden is die van een 'natuurlijk monopolie', dat zich voordoet of heeft gedaan in (delen van) bepaalde nutssectoren. Ook in dit geval is er slechts één aanbieder, maar er is een 'natuurlijke' reden voor dit monopolie en daarom sluit de aanpak ervan via mededingingsregels niet aan bij het probleem. Het onderscheid tussen een monopolie en een natuurlijk monopolie is gelegen in de reden voor het ontstaan ervan.

Een natuurlijk monopolie doet zich voor als het minder kostbaar is voor de maatschappij als één aanbieder het goed produceert of de dienst levert.⁴² Hiervan is eerder sprake als er grote schaalvoordelen en zeer hoge verzonken kosten zijn voor de aanbieder. De kenmerken van sommige nutssectoren zijn – omdat de betrokken goederen en diensten worden geleverd via een infrastructuur – zodanig dat er grote investeringen nodig zijn om deze infrastructuur aan te leggen. Het leveren van een extra goed of dienst kost de aanbieder steeds minder en op den duur overtreffen de marginale opbrengsten de marginale kosten. Het is daarom voor de maatschappij economisch niet rendabel om een tweede infrastructuur aan te leggen van een tweede aanbieder omdat dit de totale kosten sterk zou verhogen, terwijl het onvoldoende oplevert.

Voorheen was de aanwezigheid van een natuurlijk monopolie in een sector vaak een reden voor uitvoering van de betrokken taak door de overheid zelf. Inmiddels is er ingezien dat, zoals door Ogus verdedigd, vaak niet de sector als geheel als een natuurlijk monopolie hoeft te worden gezien maar slechts een bepaald onderdeel ervan.⁴³

De elektriciteitssector wordt gekenmerkt door een natuurlijk monopolie. Het aanleggen van de infrastructuur om elke woning, winkel en bedrijf aan te sluiten, brengt zeer hoge kosten met zich. Hoe meer aansluitingen er zijn op de bestaande infrastructuur, hoe lager de kosten per aansluiting zullen zijn. Het is economisch onrendabel voor de maatschappij als geheel om een tweede soortgelijke infrastructuur aan te (laten) leggen. Hierbij moet wel een onderscheid worden gemaakt tussen

⁴¹ Baldwin & Cave 1998, p. 9-10.

⁴² Ogus 1994, p. 31.

⁴³ Ogus 1994, p. 30.

bijvoorbeeld het transport van elektriciteit en de opwekking ervan. De opwekking kenmerkt zich niet door een natuurlijk monopolie. Die staat immers in principe los van de infrastructuur.

Ook bij een natuurlijk monopolie is van belang dat het goed of de dienst niet of moeilijk substitueerbaar is. Door technologische ontwikkelingen die in deze substitueerbaarheid verandering brengen, kan een (natuurlijk) monopolie verdwijnen.

Aanvankelijk bestond er in de telecommunicatiesector een natuurlijk monopolie waar het ging om het verspreiden van televisiesignalen via het kabelnetwerk. Inmiddels is er een aantal alternatieven, zoals satellietshotels en digitale televisie, waardoor kabeltelevisie beter kan worden gesubstitueerd.

De gevolgen van een natuurlijk monopolie zijn gelijk aan die van een monopolie. Vergeleken bij perfecte concurrentie is eerder sprake van hogere prijzen, een beperktere productie en een inkomensoverdracht van consumenten naar aanbieders. Een natuurlijk monopolie moet niet worden aangepakt via de mededingingsregels aangezien het maatschappelijk onrendabel is dat er meerdere aanbieders op de markt zijn. Daarom moet een natuurlijk monopolie sector-specifiek worden gereguleerd.

In nutssectoren komen monopolies vaak voor. Soms komt dat door het natuurlijk monopolie vanwege de vaste infrastructuur. Het kan echter ook om praktische redenen de voorkeur genieten om maar één aanbieder van een nutsdienst te hebben. In dat geval kan de overheid een wettelijk monopolie creëren. In alle gevallen waarin een monopolie zich voordoet, is regulering noodzakelijk om het gedrag van de monopolist te beïnvloeden.

b. Informatieasymmetrie

Met de term informatieasymmetrie wordt bedoeld op de situatie dat een partij in een relatie over meer informatie beschikt dan de ander. In nutssectoren kan het zijn dat de consument hierdoor over onvoldoende informatie beschikt om een rationele afweging te maken. Concurrerende markten werken alleen goed als consumenten voldoende geïnformeerd zijn om de concurrerende goederen en diensten te beoordelen. De rationele afweging van de consument is namelijk van groot belang voor het tot zijn recht komen van de allocatieve efficiëntie.

Allocatieve efficiëntie houdt in dat een goed of dienst terecht komt bij diegene die daar het meest voor over heeft. Hierbij zijn twee uitgangspunten van groot belang. Ten eerste dat de consumenten over adequate informatie beschikken inzake de alternatieven, inclusief de consequenties van de verschillende keuzes die zij kunnen maken. Een tweede uitgangspunt is dat zij in staat zijn de betrokken informatie te verwerken en dat zij zich rationeel zullen gedragen waarbij zij zich richten op nutsmaximalisatie.⁴⁴ Bij deze rationaliteit van consumenten kunnen vraagtekens worden gesteld. Economen gaan wel uit van een 'beperkte rationaliteit'. Dit blijkt echter een onderwerp voor de psychologie en economische modaliteiten zijn nog onvoldoende aangepast om dit erin mee te nemen.⁴⁵

Omdat in veel nutssectoren een bepaalde vorm van concurrentie is geïntroduceerd of kan worden overwogen, rijst ook in deze sectoren de vraag hoe met informatieasymmetrie moet worden omgegaan.

In het algemeen zijn partijen volgens de in de economische literatuur door Coase ontwikkelde *principal agent theory* geneigd om de informatiekloof te verkleinen tot op zekere

⁴⁴ Ogus 1994, p. 38.

⁴⁵ Ogus 1994, p. 41, hierover ook Van Ommeren 2008b, p. 220.

hoogte.⁴⁶ Deze hoogte is het punt waarop je het de partij meer kost dan dat hij ervoor terugkrijgt. In nutssectoren is de informatiekloof groot en tevens zijn er hoge kosten voor de consument om alle relevante informatie te verkrijgen.

Regulering die ervoor zorgt dat informatie toegankelijker, accurater en betaalbaar is, zou consumenten kunnen beschermen tegen informatieasymmetrie en de gevolgen daarvan en zou daarmee de werking van concurrentie kunnen verbeteren.⁴⁷ Op welke manieren daarin zou kunnen worden voorzien, komt later in deze studie aan de orde.⁴⁸

c. *Collectieve goederen*

Soms worden de voordelen van een bepaald goed door de samenleving als geheel of door een groep binnen de samenleving gedeeld. De twee kenmerken van een collectief goed zijn: consumptie van het goed door een consument laat niet minder te consumeren over voor anderen (non-rivaliteit) en het is onmogelijk of te kostbaar voor de aanbieder om degenen die niet bijdragen aan de kosten van het goed uit te sluiten van de voordelen ervan (non-exclusiviteit van baten).⁴⁹ Het profiteren van goederen zonder aan de kosten ervan bij te dragen, wordt ook wel aangeduid als *free riders*-gedrag.

De aanbieder kan zijn aanbod van een collectief goed niet afstemmen op de vraag en de prijs die de consument bereid is te betalen. Er is daarom overheidsbeïnvloeding nodig. Ten eerste om het geld bij elkaar te krijgen om voor het collectieve goed te betalen (belastingen) en ten tweede om beslissingen te nemen over hoe het collectieve goed zou moeten worden ingevuld, omdat de consumenten niet door middel van de wens om te betalen kunnen laten zien wat hun voorkeuren zijn (democratisch proces).

Er zijn zuivere collectieve goederen die volledig aan de criteria zoals hiervoor genoemd voldoen, maar er zijn ook onzuivere collectieve goederen. In dit laatste geval kan een goed bijvoorbeeld wel door een consument worden gekocht, maar is eerder sprake van een zekere vorm van marktfalen.

Een voorbeeld van een zuiver collectief goed is de nationale veiligheid. Het is op de hiervoor genoemde gronden noodzakelijk dat de overheid geld inzamelt voor defensie en andere veiligheidsbescherming en dat de beslissingen hierover via het democratisch proces genomen worden. Ook de dijken kunnen worden gezien als een zuiver collectief goed om deze redenen. Er kunnen ook onzuivere collectieve goederen worden onderscheiden, zoals onderwijs. Onderwijs kan door een consument worden geconsumeerd en die betaalt er rechtstreeks voor, maar de maatschappij als geheel heeft ook een groot belang bij het feit dat individuen goed worden opgeleid. De prijs die aanbieders ontvangen voor onderwijs staat niet in verhouding tot de werkelijke maatschappelijke waarde ervan en zonder correctie door regulering leidt dit tot onderproductie. Een geschikte oplossing kan een subsidie van de overheid zijn.

Collectieve goederen kunnen voorkomen in nutssectoren maar net als informatie-asymmetrie zijn zij daarvoor niet typerend.

d. *Externe effecten*

In de economie worden zowel negatieve als positieve externe effecten onderscheiden. Negatieve externe effecten doen zich voor als de prijs van een goed niet de werkelijke kosten van

⁴⁶ Stöbener 2008, p. 21 e.v.

⁴⁷ Baldwin & Cave 1998, p. 12.

⁴⁸ Zie paragraaf 4.4.

⁴⁹ Ogus 1994, p. 33.

het goed, maar lagere kosten, voor de maatschappij weergeeft. Dit leidt tot excessieve consumptie.⁵⁰

Het schoolvoorbeeld van (negatieve) externe effecten is dat van een vervuilende onderneming, die die vervuiling niet meeneemt in de prijsstelling van zijn producten. Uit de vervuiling volgen echter wel maatschappelijke kosten die uiteindelijk gemaakt zullen moeten worden. Een oplossing hiervoor kan zijn dat er een mechanisme wordt ingebouwd dat ertoe leidt dat de vervuiler betaalt.

Positieve externe effecten treden op als positieve welvaartseffecten van producten niet in de prijs worden verdisconteerd.

Ook in nutssectoren kan eerder sprake zijn van externe effecten, maar ook deze vorm van marktfalen is niet typisch voor deze sectoren.

3.3.4 Slotsom

In het voorgaande is gezocht naar het antwoord op de vraag waarom nutssectoren zouden moeten worden gereguleerd. Om deze vraag te beantwoorden is eerst ingegaan op het begrip nutssectoren. Vervolgens zijn de motieven voor het reguleren van nutssectoren geanalyseerd.

Bij de uitleg van het begrip nutssectoren is geredeneerd vanuit de verleende dienst, omdat het redeneren vanuit kenmerken van de sectoren niet overtuigend bleek. Het ging vervolgens om de vraag wat een nutsdienst precies inhoudt. Het meest inhoudelijke kenmerk is het gegeven dat de dienst tot algemeen nut strekt. Daarnaast bleek dat de nutsdienst zich van oudsher onderscheidt van andere overheidsactiviteiten doordat het in een bedrijfsmatig proces tot stand komt. Ten slotte bleek dat nutsdiensten doorgaans worden geleverd door middel van een infrastructuur of een netwerk van knooppunten. De centrale rol die de infrastructuur speelt in een nutssector rechtvaardigt sterker overheidsingrijpen gelet op het feit dat het totstandkomen van concurrentie in een nutssector op grond van dit economisch kenmerk niet vanzelf zal gaan. Op grond van deze kenmerken kan niet tot een gesloten groep van concrete sectoren worden gekomen. Of een dienst van algemeen nut is of niet, wordt vanuit juridisch perspectief bepaald door de wetgever en is afhankelijk van de heersende ideologie in de politiek.

In de analyse van de motieven om nutssectoren te reguleren, bleken er grofweg twee typen motieven te zijn. Ten eerste de politiek-ideologische motieven en ten tweede economische redenen. De genoemde politiek-ideologische motieven zijn distributieve rechtvaardigheid, paternalisme en maatschappelijke en economische onevenwichtigheid. Of deze motieven worden gehanteerd en tot welke uitkomst zij leiden, is sterk afhankelijk van het politieke proces dat voorafgaat aan een beslissing van de wetgever. De economische redenen zijn de verschillende vormen van marktfalen: (natuurlijk) monopolie, informatie-asymmetrie, collectieve goederen en externe effecten. Geen enkele vorm van marktfalen komt uitsluitend voor in nutssectoren. De aanwezigheid van een natuurlijk of wettelijk monopolie komt meer voor in nutssectoren en speelt daarin vaak een centrale rol. Dit is derhalve de belangrijkste economische reden om nu juist nutssectoren te reguleren. De aanwezigheid van een natuurlijk monopolie vraagt om overheidsingrijpen door middel van economische regulering. De overige economische motieven om te reguleren, kunnen ook in andere sectoren voorkomen. Toch verdienen deze bij het reguleren van nutssectoren in het bijzonder aandacht, omdat, zoals

⁵⁰ Baldwin & Cave 1998, p. 11.

eerder reeds aan de orde kwam, in nutssectoren nog maar sinds korte tijd eerder sprake is van marktwerking.

In antwoord op de in de inleiding van deze paragraaf opgeworpen vraag met welke aspecten de wetgever rekening zou moeten houden gelet op de in deze paragraaf besproken kenmerken en motieven het volgende. Ten eerste werd duidelijk dat, meer dan in 'gewone' sectoren, in nutssectoren monopolies aanwezig zijn. Dit betekent dat er overheidsingrijpen nodig is om dit monopolie te breken en/of dit monopolie te reguleren. Daarnaast kwam naar voren dat als marktwerking wordt geïntroduceerd informatievoorziening moet worden georganiseerd om de informatie-asymmetrie te verminderen. Twee belangrijke peilers van regulering van nutssectoren zijn derhalve het reguleren van (natuurlijke) monopolies en het voorzien van informatie aan de consumenten of overheden op de markt. Uitgangspunt voor de inzet van instrumenten is derhalve dat, gelet op de economische kenmerken van de nutssectoren en het gegeven dat de geleverde diensten een bovenindividueel belang kennen, overheidsingrijpen is gerechtvaardigd.

3.4 Veranderende regimes

3.4.1 Inleiding

Het is van belang nog een aantal begrippen die in deze studie worden gehanteerd nader te definiëren, omdat de uitleg van deze begrippen niet altijd eenduidig gebeurt en dit gemakkelijk tot onnodige verwarring kan leiden. Het gaat om privatisering, liberalisering, commercialisering, internationalisering en ontvlechting. Deze begrippen duiden allemaal op een fundamentele verandering in de wijze van regulering, ook wel *'regime change'* genoemd, die in (onder meer) nutssectoren plaatsvindt.⁵¹

Vaak wordt in de dagbladen gesproken van de ellende rond de privatisering van de Nederlandse Spoorwegen (NS).⁵² Hierna zal blijken dat volgens de gekozen definitie in deze studie er tot op heden helemaal geen eerder sprake is van privatisering van de NS. Hoewel dit bedoelde ellende niet wegneemt, kan het hanteren van de term privatisering zonder een duidelijke uitleg gemakkelijk tot misverstanden leiden, omdat dan niet zonder meer duidelijk is wat dit precies inhoudt, laat staan welke gevolgen daarvan eventueel tot problemen zouden leiden.

Deze verwarring leidt ertoe dat in de publieke opinie maar ook bij politici en beleidsmakers een beeld kan ontstaan dat geen recht doet aan de werkelijkheid en bovendien aan goede besluitvorming en een zinvolle (maatschappelijke) discussie in de weg staat. Om deze reden wordt hierna besproken op welke manieren de verschillende begrippen in verschillende disciplines (kunnen) worden opgevat en voor welk uitgangspunt hier wordt gekozen. Daarbij wordt besproken in hoeverre het doel van de verandering en het middel waarmee de verandering tot stand wordt gebracht, moeten worden gescheiden of juist met elkaar samenvallen. Bovendien hebben regimeveranderingen vanzelfsprekend ingrijpende invloed op de wijze waarop de sectoren worden gereguleerd. Gelet op de hoofdvraag is relevant in hoeverre deze veranderingen invloed hebben op keuzes in de regulering. Ook deze vraag komt hier aan de orde.

Achtereenvolgens wordt ingegaan op privatisering (3.4.2), een begrip waarover de meest uiteenlopende ideeën bestaan, op liberalisering (3.4.3) en op de samenloop van deze twee verschijnselen (3.4.4). Ten slotte wordt ingegaan op de begrippen commercialisering (3.4.5), internationalisering (3.4.6) en ontvlechting (3.4.7) die met liberalisering gepaard kunnen gaan. In de slotsom worden de betekenissen van deze begrippen op een rij gezet en de vraag beantwoord welke eisen deze verschijnselen stellen aan regulering (3.4.8).

3.4.2 Privatisering

In het begin van de jaren tachtig kwam het privatiseringsbeleid voor het eerst in het regeerakkoord terecht (het eerste kabinet-Lubbers). Het toenmalige kabinet had een aantal doelen voor ogen met privatisering. Ten eerste de beheersbaarheid van het overheidsapparaat, daarnaast budgettaire bezuinigingen en ten slotte versterking van de marktsector.⁵³

De beslissing om te privatiseren wordt genomen op nationaal niveau. In beginsel heeft het VWEU geen opvatting over de wenselijkheid van privatisering. Artikel 295 van dit verdrag bepaalt dat het de regulering van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat. Daarmee

⁵¹ WRR 2008, p. 52.

⁵² Zie bijvoorbeeld: 'Hoogste tijd', *Telegraaf* 25 november 2007, p. 19.

⁵³ De Ru 1987a, p. 2.

zijn beslissingen om te privatiseren en ook de tegengestelde beslissing, om te nationaliseren in beginsel voorbehouden aan de individuele lidstaten, hoewel hiervoor reeds duidelijk werd dat dit gegeven sterk gerelativeerd moet worden.⁵⁴

In de literatuur werd in die tijd het begrip privatisering ruim opgevat. Hieronder viel elke vorm van verzelfstandiging van een overheidstaak. De kern van deze opvatting van het begrip privatisering was dat de publieke invloed op de overheidstaak afnam. Hierbij waren verschillende categorieën mogelijk. Het kon gaan om afstoten, uitbesteden of verzelfstandigen van de overheidstaak (zie fig. 3.1).⁵⁵

Fig. 3.1

privatisering		
afstoten	uitbesteden	verzelfstandigen

Afstoten betekent dat een taak niet langer door de overheid wordt verricht en dat aan de markt wordt overgelaten of en hoe deze taak wordt voortgezet. Als de overheid een taak uitbestedt, wordt met een private partij een contract gesloten om deze de taak uit te laten voeren. Bij verzelfstandiging laat de overheid de betrokken taak over aan een rechtspersoon (publiek of privaat) die of een bestuursorgaan dat op afstand van de politiek staat. Er is dan eerder sprake van een zogeheten zelfstandig bestuursorgaan.⁵⁶

Gelet de invalshoek van deze studie, het borgen van publieke belangen vanuit het perspectief van de wetgever, is het hier van belang om scherp voor ogen te houden voor welke taken de overheid zich wel en niet verantwoordelijk acht en dit zo mogelijk in de begripsvorming tot uiting te laten komen.

Als een taak door de overheid zelf wordt uitgevoerd, wordt verzelfstandigd of uitbested, is het helder dat de overheid zich verantwoordelijk acht voor de uitvoering van deze taak. De overheid is dan immers verantwoordelijk om de ermee verbonden publieke belangen te borgen. Als een taak eenmaal is afgestoten, is de overheid niet langer verantwoordelijk voor de uitvoering ervan. Niettemin blijft het van belang dat publieke belangen worden geborgd. Daar zijn in de nieuwe situatie andere instrumenten voor nodig dan het zelf uitvoeren van de taak door de overheid.

De kabel werd in de jaren zeventig door gemeenten aangelegd en beheerd. In de jaren negentig zijn bijna alle gemeentelijke kabelbedrijven geprivatiseerd. Inmiddels heeft er in deze sector flinke schaalvergroting plaatsgevonden.

Later werd de term privatisering ook wel specifiek gereserveerd voor de verzelfstandiging van een overheidstaak in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon.⁵⁷

Inmiddels wordt verzelfstandiging als een overkoepelende term gehanteerd waarvan privatisering één van de vormen is.⁵⁸ De andere twee vormen van het koepelbegrip verzelfstandiging zijn ten eerste het uitbesteden van een overheidstaak aan een private partij en ten tweede verzelfstandiging in de vorm van een (privaat- of publiekrechtelijk) zelfstandig bestuursorgaan.

⁵⁴ Zie paragraaf 2.4.3.

⁵⁵ De Ru 1987b, p. 16-17.

⁵⁶ Over dit begrip uitgebreid: Zijlstra 1997, p. 75-98.

⁵⁷ Maeijer 1998, p. 66.

⁵⁸ Stout 2007, p. 16, De Ru & Peters 2002, p. 2 en Zijlstra 2009, p. 100-102.

Fig. 3.2

verzelfstandiging		
privatiseren	uitbesteden	verzelfstandigen

Deze indeling roept kritiek op. In het midden blijft immers wat de gemeenschappelijke kenmerken zijn van privatiseren, uitbesteden en verzelfstandigen, zodat zij tot het koepelbegrip verzelfstandiging zouden moeten worden gerekend.

Aan het begrip privatisering wordt in de juridische literatuur tegenwoordig een relatief enge invulling gegeven. Er is pas eerder sprake van privatisering wanneer een overheidstaak daadwerkelijk wordt afgestoten naar de markt. Dit betekent dat het gaat om het verkopen aan marktpartijen van de aandelen in een vennootschap of van alle activa en passiva van een overheidsbedrijf/dienst.⁵⁹ Sinds het kabinet Kok II wordt dit begrip van privatisering door de regering gehanteerd.⁶⁰ Bij deze invulling van het begrip privatisering wordt hier aangesloten, omdat zij de meest scherpe definitie oplevert voor wat betreft de verantwoordelijkheid van de overheid. Zij ziet uitsluitend op de situatie dat de overheid de verantwoordelijkheid van de uitvoering van een bepaalde taak niet langer zelf draagt.

Het is van belang hierbij op te merken dat dit niet betekent dat de overheid geen enkele verantwoordelijkheid meer heeft voor met de taak verbonden publieke belangen. Uiteraard zal er aanleiding zijn om wettelijke voorschriften vast te stellen waarin bijvoorbeeld kwaliteitseisen of een vergunningenstelsel kunnen worden opgenomen. De essentie van privatisering is dat de overheid niet langer verantwoordelijk is voor het feit *dat* de taak wordt uitgeoefend. In veel sectoren draagt zij nog wel verantwoordelijkheid voor de regulering die zij kiest om publieke belangen te borgen.

De hier gekozen definitie van het begrip privatisering wijkt af van de gangbare definitie(s) buiten de juridische literatuur. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) hanteert een veel ruimere en minder precieze betekenis dan in deze studie: 'het inschakelen van private partijen bij het realiseren van publieke belangen.'⁶¹

Bovenberg en Teulings spreken van privatisering wanneer de overheid de residuële beslissingsbevoegdheid uit handen geeft. 'Daarbij is van belang dat de overheid zich geloofwaardig bindt om niet te interveniëren.'⁶² In de economische literatuur in de Verenigde Staten heeft privatisering een nog ruimere betekenis: '*any process, that is aimed at shifting functions and responsibilities, in whole or in part, from the government to the private sector through such activities as contracting out or asset sales*'.⁶³ Deze ruime definities geven onvoldoende houvast. Want wanneer bindt de overheid zich geloofwaardig om niet te interveniëren? Het is niet duidelijk of daar een juridische handeling aan ten grondslag zou moeten liggen of dat dat niet nodig is. In de aangehaalde Amerikaanse definitie zou bovendien ook uitbesteding onder het begrip privatisering komen te vallen.

De juridische definitie die hier wordt gehanteerd van privatisering is derhalve enger en juridisch preciezer dan de in andere literatuur gehanteerde definitie. Een privaatrechtelijke vormgeving op zichzelf leidt uitgaande van deze definitie niet tot de conclusie dat privatisering

⁵⁹ Zo ook Szyszczak 2002, p. 255.

⁶⁰ Ook het toenmalige kabinet Kok II heeft aangegeven deze definitie van privatisering te hanteren: nota Publieke belangen en marktordening 2000, p. 6.

⁶¹ WRR 2000, p. 25.

⁶² Bovenberg & Teulings 2000, p. 304-308.

⁶³ Huygen 2000, p. D-10.

ring heeft plaatsgevonden. Op grond van deze juridische definitie kan worden geconcludeerd dat het doel van privatisering en de wijze waarop dit gebeurt, samenvallen. Het is van belang een precieze definitie van privatisering te hanteren, zodat duidelijk is welke keuzes welke effecten tot gevolg hebben. Bij een zeer ruime definitie van privatisering zou dit makkelijk kunnen vertroebelen.

Door privatisering komt de levering van een product of dienst in private handen. Hierdoor heeft de overheid niet langer vanzelfsprekend invloed. Er moeten instrumenten worden gecreëerd die ervoor kunnen zorgen dat de overheid een bepaalde mate van invloed houdt. Waar voorheen de overheid volledige zeggenschap had, wordt de taak na privatisering door een private partij uitgeoefend. De nationale wetgever moet zich bij een privatisering bezinnen op de wijze waarop zij de invloed die zij nog wenst uit te oefenen zo goed mogelijk kan vormgeven.

3.4.3 Liberalisering

Liberalisering is een veel gehanteerd begrip in relatie tot marktwerking in nutssectoren met een evocatief karakter. De beslissing om een sector te liberaliseren wordt (meestal) genomen door Europese instellingen in de geest van het VWEU. Het initiatief voor liberalisering ligt dus, anders dan voor privatisering zoals hiervoor bleek, in Brussel.

Bij het begrip liberalisering is het van belang doel en middel ervan gescheiden te houden. Dit ligt anders dan bij het begrip privatisering waarbij doel en middel in de gekozen definitie samen bleken te vallen. Heel in het algemeen betekent liberalisering het 'bevrijden' van belemmerende of beperkende voorschriften. Hierna wordt dieper ingegaan op liberalisering in de context van de nutssectoren.

Het doel van liberalisering is het creëren of openstellen van markten en deze, gegeven de bijzondere kenmerken van verschillende sectoren, zo goed mogelijk te laten werken. Markten werken goed als eerder sprake is van voldoende concurrentie.⁶⁴ Om dit tot stand te brengen, kunnen, afhankelijk van de wijze waarop de nutssector voorafgaand aan de liberalisering werd gereguleerd, verschillende maatregelen worden genomen. Het middel waarmee liberalisering tot stand wordt gebracht in een nutssector kan derhalve verschillen. Het begrip liberalisering kan daarom niet zo nauwgezet worden ingevuld als het hiervoor besproken begrip privatisering en moet worden geduid als paraplubegrip. Hierna worden drie verschillende uitgangssituaties geschetst, die kunnen bestaan vóór liberalisering, en wordt aangegeven met behulp van welk middel liberalisering tot stand kan worden gebracht.

Ten eerste kan eerder sprake zijn van een sector met uitsluitend private aanbieders waarin geen eerder sprake is van marktwerking. In dat geval kan deregulering (en noodzakelijke herregulering) een geschikt middel zijn om liberalisering tot stand te brengen. Deze deregulering maakt dan bijvoorbeeld mogelijk dat meerdere aanbieders tot de markt toetreden en er vrije(re) prijsvorming tot stand komt dan voorheen.

Een treffend voorbeeld van deze situatie is te vinden in de taxisector voordat deze geliberaliseerd werd. Om een taxionderneming te kunnen uitoefenen, had men een vergunning van de gemeente nodig. Door middel van het vergunningstelsel werd het aanbod gereguleerd. Het tarief werd van overheidswege vastgesteld. Ook de prijs werd derhalve gereguleerd. Mede omdat de prijs als te hoog en het aandeel van de taxi in de vervoersketen als te klein werd ervaren, is overgegaan tot liberalisering van deze sector. Dit gebeurde door wijziging van de wettelijke regeling die van toepas-

⁶⁴ Over het antwoord op de vraag wanneer sprake is van voldoende concurrentie lopen de meningen in economische literatuur uiteen. Zie: Bauer 2003, p. 36.

sing is op de taxisector. Als gevolg van de wijziging kreeg iedereen die aan bepaalde basiseisen voldeed een vergunning om een taxionderneming te kunnen uitoefenen en zodoende werd het aanbod niet langer kwantitatief gereguleerd. Tarieven waren vrij, mits onder het landelijk vastgestelde maximumtarief. In het geval van de taxisector heeft de liberalisering niet geleid tot de beoogde effecten.

Ten tweede kan eerder sprake zijn van een sector met uitsluitend publieke ondernemingen waarvan een gedeelte wordt blootgesteld aan concurrentie en mitsdien private toetreders in een deel van de sector worden toegelaten.

Een voorbeeld hiervan treffen we aan in de elektriciteitssector. Publieke ondernemingen (alle aandelen bij overheden) verzorgden voorheen zowel productie, transport als levering van elektriciteit. De liberalisering van deze sector bracht mee dat de productie werd vrijgegeven. Een ieder mag tegenwoordig elektriciteit opwekken. Op de markt van de levering werd ook concurrentie toegestaan. Hiervoor is wel een vergunning vereist maar een ieder die aan de basiseisen voldoet, verkrijgt deze. Het transport van elektriciteit, is gelet op het natuurlijk monopolie van de infrastructuur (hierover verderop meer) nog steeds uitsluitend in handen van de publieke ondernemingen.

Ten derde komt voor dat een bedrijf volledig in handen is van de staat. Een middel om liberalisering tot stand te brengen is dan privatisering van het bedrijf en het toelaten van meerdere aanbieders op de markt.

De PTT was sinds 1915 een staatsbedrijf en onder meer verantwoordelijk voor de postbezorging, telegrafie en telefonie. In 1989 werd de PTT verzelfstandigd en geprivatiseerd en kreeg als naam de Koninklijke PTT Nederland, oftewel KPN. In 1998 werden het onderdeel post en het onderdeel telecommunicatie gesplitst, waarbij het eerste onderdeel verderging onder de naam TPG Post en het laatste KPN bleef heten. Op 1 januari 1998 werd de markt voor spraaktelefonie geopend voor andere aanbieders. Bovendien mocht KPN ook op buitenlandse markten actief worden.

Naast deze drie zijn veel meer varianten denkbaar die allemaal verschillende ingrediënten van de voornoemde voorbeelden in zich hebben. Het gaat er hier om helder te maken dat liberalisering weliswaar als doel heeft om markten open te stellen en concurrentieprikkels toe te laten zodat concurrentie tot stand kan komen, maar dat het middel om liberalisering te bereiken, verschilt daar dit afhankelijk is van de situatie waarin de betrokken sector zich bevindt.

Liberalisering betekent derhalve dat er moet worden geconcentreerd door partijen. Dit heeft als gevolg dat de regulering op een ander punt moet aangrijpen dan voor liberalisering noodzakelijk was. Voor liberalisering was eerder sprake van een of meer private of publieke monopolies waar de instrumenten zich tot konden richten. Aangezien concurrentie zelf als een middel wordt beschouwd om een goede uitkomst te realiseren, kan deze uitkomst doorgaans niet vooraf vast worden gelegd. Dit betekent dat een overgang moet worden gemaakt van een centrale aansturing naar een meer marktfaciliterend instrumentarium. Dit vraagt enerzijds om instrumenten met een bepaalde mate van flexibiliteit maar anderzijds ook om instrumenten die achteraf kunnen worden ingezet als de uitkomst van het concurrentieproces om wat voor reden dan ook onaanvaardbaar blijkt.

3.4.4 Liberaliseren betekent niet noodzakelijkerwijs ook privatiseren

De drie hiervoor genoemde voorbeelden maken duidelijk dat liberalisering en privatisering niet per definitie hand in hand hoeven gaan, al is dit in nutssectoren vaak het geval.

In haar oratie betoogt Stout dat liberalisering zonder privatisering niet goed mogelijk is.⁶⁵ Zij motiveert dit als volgt. 'Immers, waarom zou men een overheidsbedrijf (anders dan bij wijze van zogenaamde 'terugvaloptie') laten voortbestaan in een competitieve markt nu men door het toestaan van concurrentie als het ware aangeeft dat de taken ook door anderen kunnen worden uitgevoerd en er daarmee geen specifieke rol voor de overheid meer aanwezig is?' Hierbij gaat Stout (kennelijk) uit van de situatie dat eerder sprake is van een overheidsbedrijf en er vervolgens liberalisering plaatsvindt. Niet is uitgesloten echter, dat een bedrijf (of meerdere) al in private handen is, maar niet is blootgesteld aan concurrentie. Er is vervolgens eerder sprake van liberalisering zonder dat eerst geprivatiseerd hoeft te worden. Denk bijvoorbeeld aan de bijzondere instellingen in het hoger onderwijs. Een voorbeeld van het omgekeerde is te vinden bij de grote energiebedrijven die (nog) niet zijn geprivatiseerd maar waar wel al eerder sprake is van liberalisering.

Verderop merkt zij op: 'Privatisering zonder liberalisering kan sowieso niet. Immers, hoe kunnen aandelen aan marktpartijen worden verkocht als er geen markt is?'⁶⁶ Ook hier kijk ik anders tegenaan. TPG was bijvoorbeeld al naar de beurs gebracht voordat het laatste deelmonopolie was afgeschaft. Deze samenloop van privatisering en liberalisering ligt naar mijn mening dus genuanceerder dan dat zij in feite altijd samen zouden moeten gaan. Het is zeer goed denkbaar en het komt voor, maar het is niet noodzakelijkerwijs zo.

Het is bovendien van belang op te merken dat in de Europese context de beslissing om te liberaliseren een uitvloeisel is van het VWEU en beslissingen van Europese instellingen terwijl de beslissing om al dan niet te privatiseren aan de lidstaat is voorbehouden op grond van artikel 295 van het VWEU. Nadat op initiatief van de EG tot liberalisering werd overgegaan, zijn lidstaten veelal ook overgegaan tot privatisering. Dit wil nog niet zeggen dat het juridisch noodzakelijk was. Sterker nog: het was, formeel beschouwd, een onbedoeld neveneffect. Het maakte de liberalisering over het algemeen wel gemakkelijker in te voeren.

In een analyse over privatisering van publieke ondernemingen in de EU van 1960 tot 2002 wordt dit als volgt verwoord: '*Finally, privatization was not an EU policy but, paradoxically, an unintended consequence of the process of EU integration, since, though privatization is distinct from liberalization and deregulation, in practice, many EU governments used privatization as a tool to facilitate and accelerate liberalization in the face of European legislation.*'⁶⁷ Ook in een empirische studie wordt een relatie tussen nationaal privatiseringsbeleid en de liberaliseringsgolf uit Brussel ontwaard.⁶⁸ De lidstaten hadden daarnaast ook te kampen met strenge eisen die aan hun begroting gesteld werden door het Groeipact van de EU, waardoor zij zich genoodzaakt zagen de kosten in de publieke sector terug te schroeven;⁶⁹ privatisering was hier een aantrekkelijke optie, omdat dit middelen opleverde voor de overheid.

Uit het voorgaande volgt dat er zeker een belangrijke correlatie bestaat tussen liberalisering en privatisering, maar dat zij niet per definitie hand in hand hoeven gaan. Het is daarom van belang deze begrippen in een discussie te scheiden.

⁶⁵ Stout 2007, p. 18.

⁶⁶ Stout 2007, p. 18.

⁶⁷ Clifton, Comín & Díaz Fuentes 2006, p. 752 (curs. KW).

⁶⁸ Obinger & Zohlnhöfer 2004, p. 16.

⁶⁹ Obinger & Zohlnhöfer 2004, p. 16.

3.4.5 Commercialisering

Een andere tendens die in een aantal nutssectoren wordt gezien, is commercialisering. In sectoren waar privatisering nog niet is doorgevoerd, vindt een toenemende commercialisering, of '*corporatization*' plaats.⁷⁰ Het gaat dan om publieke sectoren die op grond van commerciële uitgangspunten '*gemanaged*' worden. Net als liberalisering vallen doel en middel hierbij niet samen. Het doel is om publieke sectoren efficiënter te laten functioneren, de middelen waarmee dit zou kunnen worden bereikt, zijn velerlei. De bedoeling hiervan is het efficiënter laten functioneren van publieke ondernemingen of diensten. Dit kan echter ook voor de politiek ongewenste gevolgen hebben.

Zo heeft de commercialisering in de drinkwatersector tot gevolg gehad dat er winsten werden gemaakt die aan de aandeelhouders, provincies en een aantal gemeenten, werden uitgekeerd, zoals gebruikelijk is in een vennootschap. Dit werd in de politiek onaanvaardbaar geacht omdat tegelijk prijsstijgingen plaatsvonden. Inmiddels wordt het drinkwatertarief gereguleerd.⁷¹

Dit is een andere manier van reguleren van publieke sectoren, maar aangezien er doorgaans wel vergaande overheidsinvloed is, heeft commercialisering niet direct als consequentie dat compleet andere instrumenten zouden moeten worden ingezet dan voorheen. Commercialisering hoeft geen gewijzigde overheidsinvloed en overheidsverantwoordelijkheid tot gevolg te hebben. Toch is dit in de praktijk niet uit te sluiten, gelet op het feit dat commercialisering op allerlei manieren kan worden vormgegeven.

3.4.6 Internationalisering

Een aantal nutssectoren is steeds internationaler geworden. Dit kan verband houden met verschillende aspecten. Onder invloed van het EU-recht en het streven naar een gemeenschappelijke Europese markt zijn bepaalde sectoren na de liberalisering ook geopend voor buitenlandse bedrijven. De nationale wetgever kan bij regulering van op Europees initiatief geliberaliseerde sectoren niet meer autonoom beslissen over bepaalde fundamentele keuzes.

Zo kunnen internationale vervoersbedrijven ook meedingen naar een concessie in het stads- en streekvervoer in Nederland.

Soms is er ook fysieke aansluiting nodig tussen netwerken, waarover dienstverlening plaatsvindt en is als gevolg daarvan afstemming noodzakelijk.

De spoorwegen zijn op elkaar aangesloten omdat er ook veel internationaal treinverkeer plaatsvindt. Er moeten dus afspraken worden gemaakt met vervoersbedrijven in omliggende landen over aansluiting en dienstregeling. Daarnaast wil men ook één treinkaartje kunnen kopen van Amsterdam naar Bern. Ook daarover moeten onderlinge afspraken worden gemaakt.

Internationalisering heeft als consequentie dat bij regulering rekening moet worden gehouden met internationaal beleid, internationale wetgeving en internationale ontwikkelingen. Dit betekent dat de nationale wetgever bij het kiezen voor een bepaald reguleringsinstrumenta-

⁷⁰ WRR 2008, p. 36.

⁷¹ Zie paragraaf 5.7.3.

rium niet in een vacuüm opereert maar rekening moet houden met internationale ontwikkelingen en internationaal recht.⁷²

3.4.7 Ontvlechting

Na liberalisering kan, als de infrastructuur zich daarvoor leent, worden overgegaan tot ontvlechting, ook wel: '*unbundling*'. Hierbij wordt een zekere mate van scheiding aangebracht tussen eigendom van de infrastructuur en levering via deze infrastructuur. Het doel hiervan is om ervoor te zorgen dat de infrastructuur op een zo onafhankelijk mogelijke manier wordt beheerd en de betrokken eigenaar zichzelf niet zal bevoordelen in vergelijking met andere partijen die toegang tot de infrastructuur vragen. Doordat de infrastructuur onafhankelijk wordt beheerd, is de verwachting dat de voorwaarden voor concurrentie op dit punt zo goed mogelijk zijn. Deze ontvlechting kan in verschillende gradaties gebeuren. De meest vergaande vorm van ontvlechting is een eigendomssplitsing.

Een voorbeeld van deze volledige eigendomssplitsing treffen we aan in de elektriciteitssector. Nederland gaat hiermee verder dan alle andere Europese landen door deze splitsing op te leggen.⁷³

Een andere mogelijkheid op grond van de Elektriciteitsrichtlijn is om een onderneming die infrastructuur in eigendom heeft en daarmee ook diensten levert, te verplichten een boekhoudkundige scheiding aan te brengen tussen de twee bedrijfsonderdelen. Nog een andere mogelijkheid is om te verplichten de twee activiteiten in verschillende rechtspersonen onder te brengen: een zogenaamde juridische scheiding.⁷⁴

Ontvlechting heeft voor de instrumenten tot gevolg dat het makkelijker is te onderscheiden waar regulering moet aangrijpen. De infrastructuur kan apart van de levering worden gereguleerd. Dit wordt soms wenselijk geacht aangezien het transport dat plaatsvindt via de infrastructuur vanwege het natuurlijk monopolie karakter ervan indringender moet worden gereguleerd dan de levering die door middel van de infrastructuur plaatsvindt.⁷⁵

3.4.8 Slotsom

Hiervoor is aan de orde geweest welke regimeveranderingen plaats hebben en hebben gevonden in nutssectoren. Deze veranderingen worden aangeduid met begrippen die in deze studie een belangrijke rol innemen. Het is van belang dat waar deze begrippen gehanteerd worden, duidelijk is wat ermee bedoeld wordt, gelet op de uiteenlopende uitleg in de literatuur. Van privatisering bleken de meest uiteenlopende definities te worden gehanteerd. Hier wordt onder privatisering verstaan: het verkopen aan marktpartijen van de aandelen in een vennootschap of van alle activa en passiva van een overheidsbedrijf/dienst. Dit betekent dat een privaatrechtelijke vormgeving op zich nog niet betekent dat privatisering heeft plaatsgevonden.

Liberalisering heeft als doel om concurrentie tot stand te brengen. Dit begrip kan niet zo nauwgezet worden ingevuld als het begrip privatisering. Hiervoor is duidelijk geworden dat liberalisering afhankelijk van de situatie in de sector op verschillende manieren tot stand kan

⁷² Zie over de consequenties van het EU-recht voor de keuzes van de nationale wetgever hiervoor hoofdstuk 2.

⁷³ Zie paragraaf 6.5.5.

⁷⁴ Zie paragraaf 6.3.2.

⁷⁵ Zie over natuurlijke monopolies in nutssectoren paragraaf 3.3.

worden gebracht. Liberalisering en privatisering hebben een sterke correlatie maar gaan niet noodzakelijkerwijs hand in hand. Verder is aandacht besteed aan twee andere verschuivingen, die gepaard kunnen gaan met liberalisering, te weten commercialisering wat betekent dat niet geprivatiseerde sectoren al wel op commerciële uitgangspunten functioneren en internationalisering wat inhoudt dat een sector ook wordt gekenmerkt door internationale aspecten en niet langer nationaal autonoom functioneert. Ten slotte is ontvlechting onder de aandacht gebracht. Dit is een mogelijkheid na liberalisering van sectoren met een infrastructuur.

Naar voren is gekomen dat een aantal van deze regimeveranderingen, in het bijzonder privatisering en liberalisering, als consequentie heeft dat de sectoren op een fundamenteel andere wijze moeten worden gereguleerd dan voorheen. Door het streven naar meer marktwerking en waar mogelijk minder rechtstreekse overheidsbemoeienis moeten na liberalisering en privatisering de instrumenten zo worden ingezet dat ze eerder faciliterend zijn dan centraal aansturend. Daarnaast moeten ze open staan voor verschillende uitkomsten, die na liberalisering immers voor een deel door de markt worden bepaald. Het uitgangspunt dat hieruit volgt, is derhalve dat het van belang is dat de inzet van instrumenten zoveel mogelijk vrijheid en flexibiliteit biedt, als eerder sprake is van concurrentie.

3.5 Publieke belangen

3.5.1 Inleiding

In de maatschappelijke en wetenschappelijke discussie over regulering passeren veel verschillende belangen de revue. Er wordt gesproken over het algemeen belang, publieke belangen, collectieve belangen, maatschappelijke belangen en private belangen. Tussen deze belangen bestaat niet altijd een waterscheiding en zij kunnen elkaar ook overlappen. Het begrip dat in deze studie centraal staat, publiek belang, wordt hier besproken. Het is noodzakelijk om hieraan voldoende aandacht te besteden, omdat in de literatuur geen gemeenschappelijke opvatting over de invulling van het begrip publiek belang bestaat.

De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord, is welke uitleg van het begrip publiek belang in deze studie wordt gehanteerd en waardoor dit begrip wordt gekenmerkt. Verder wordt een antwoord gegeven op de vraag welke concrete publieke belangen doorgaans een rol spelen bij overwegingen van de wetgever inzake de regulering van nutssectoren. Hierbij zal aan het licht komen dat publieke belangen onderling tegenstrijdig kunnen zijn en tegen elkaar moeten worden afgewogen. Cruciaal is op welk niveau en door welke partij zij worden geïdentificeerd en tegen elkaar worden afgewogen. Op basis hiervan wordt vastgesteld welke aandachtspunten de aanwezigheid van publieke belangen meebrengt voor de inzet van instrumenten in nutssectoren.

Hiertoe wordt eerst uitgelegd welke betekenis aan het begrip publiek belang moet worden gegeven (3.5.2), waarna de kenmerken ervan worden besproken (3.5.3). Daarna worden de concrete publieke belangen besproken die volgens de wetgever een rol spelen in nutssectoren (3.5.4). Vervolgens wordt een en ander samengevat in de slotsom (3.5.5).

3.5.2 Begrip publiek belang

Het begrip algemeen belang is al geruime tijd onderwerp van discussie in de literatuur. Vaak wordt het door beleidsmakers gebruikt om bepaald beleid te verdedigen maar blijft in het midden wat het algemeen belang precies inhoudt en hoe het zich verhoudt tot private belangen en groepsbelangen. Zo is het de vraag of het algemeen belang een optelsom is van alle private en groepsbelangen bij elkaar. Wat mij betreft moet het antwoord op deze vraag ontkennend luiden. Dit is een te grote versimpeling van het begrip algemeen belang.

Het algemeen belang is geen vaststaand gegeven en evolueert bovendien in de tijd. De inhoud van het algemeen belang is daarnaast niet voor iedereen hetzelfde. Zoals er geen waarheid is, bestaat ook geen algemeen belang in absolute zin. De kracht én de zwakte van dit begrip zijn gelegen in de uiteenlopende lading die het dekt. Het ordent de discussie door een veelheid aan argumenten en doeleinden terug te brengen tot één containerbegrip. De zwakte is meteen zichtbaar: door de hantering van een begrip dat veranderlijk van inhoud is, heeft het een gebrek aan operationele betekenis voor het praktische overheidsbeleid.⁷⁶

Het begrip algemeen belang moet worden onderscheiden van het begrip publiek belang, hoewel het soms op dezelfde wijze wordt gehanteerd. Er zijn verschillende benaderingen van het begrip 'publiek belang' gangbaar. Eén daarvan is een economische benadering, die ervan uitgaat dat de overheid alles moet overlaten aan de markt, tenzij een vorm van marktfalen zich voordoet, zoals het bestaan van negatieve externe effecten of van een natuurlijk monopolie

⁷⁶ Van Berkum 1970, p. 21.

etc. Als dit marktfalen zich voordoet, betekent dit dat eerder sprake is van een publiek belang en is overheidsingrijpen vanuit dit economische perspectief gerechtvaardigd. Deze visie is door Bovenberg, Teulings en Van Dalen uitgewerkt in 'de Calculus van het Publieke belang'.⁷⁷

Een andere benadering is uitgewerkt door de WRR.⁷⁸ In de benadering van de WRR bestaat een onderscheid tussen maatschappelijke en publieke belangen. Maatschappelijke belangen zijn belangen die voor de maatschappij als geheel van betekenis zijn. Publieke belangen zijn die maatschappelijke belangen die niet zonder overheidsbemoeienis kunnen worden geborgd. De vraag is hoe deze overheidsbemoeienis vorm moet krijgen. De overheid kan zelf de operationale eindverantwoordelijkheid dragen voor het borgen van publieke belangen of zij kan dit aan anderen overlaten.⁷⁹ De WRR maakt een onderscheid tussen de 'wat'- en de 'hoe'-vraag. In de visie van de WRR is het van belang eerst antwoord te geven op de vraag óf de overheid eindverantwoordelijk moet zijn voor een bepaald belang. Bij positieve beantwoording rijst de vraag hoe zij deze verantwoordelijkheid gestalte moet geven. Dit kan door zelf actie te ondernemen of door de realisering aan anderen over te laten.⁸⁰ Hieruit volgt dat het feit dat de overheid verantwoordelijkheid draagt voor de borging van een bepaald publiek belang niet betekent dat zij dit ook zelf moet realiseren. Ook volgt hieruit naar mijn mening dat als de overheid een doel formuleert van bepaalde wetgeving dit in de visie van de WRR in ieder geval een publiek belang is. Voor de borging van 'zuivere' maatschappelijke belangen draagt de overheid geen verantwoordelijkheid.

Het begrip zoals gehanteerd door de WRR, biedt een zinvol vertrekpunt om vanuit een bestuurlijk-juridisch perspectief naar publieke belangen te kijken. Dit vertrekpunt luidt dan: 'Gesteld dat de wetgever de volgende publieke belangen wil bereiken, op welke wijze zou dit kunnen worden bereikt, meer in het bijzonder: met behulp van welke instrumenten kan dit worden geborgd?' Hieruit blijkt dat hier niet wordt beoogd aan te geven welke belangen als publiek zouden moeten worden bestempeld. De vraag voor welke belangen de overheid zich verantwoordelijk zou moeten voelen is een politiek-ideologische vraag. Om in de termen van de WRR te blijven: in dit onderzoek wordt het antwoord op de 'wat-vraag' als vertrekpunt gekozen en gegeven dit antwoord een antwoord op de 'hoe'-vraag geformuleerd in de vorm van een afwegingskader voor de nationale wetgever.

Publieke belangen in de zin van deze studie zijn daarom in beginsel alle doelen waarvoor de overheid zich verantwoordelijk voelt en die zij zich derhalve ten doel stelt om te bereiken in een gegeven sector, al dan niet door zelf in te grijpen. Publieke belangen in dit perspectief vallen dus precies samen met het door de WRR gehanteerde begrip publieke belangen.

Publieke belangen kunnen grote betekenis hebben voor private belangen van individuele burgers. Dat wij een goed functionerende energievoorziening hebben, dient niet alleen de maatschappij als geheel, maar ook de individuele burger. Dit maakt overigens niet dat publieke belangen simpelweg de optelsom zijn van alle private belangen bij elkaar. Dit ligt genuanceerder.

Het genieten van hoger onderwijs is een privaat belang van de betrokken student. Door zich te ontplooien verbetert hij zijn toekomstperspectief. Zijn studie dient echter ook nog een belang van

⁷⁷ Zie voor deze benadering uitgebreid: Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003.

⁷⁸ WRR 2000, p. 19.

⁷⁹ WRR 2000, p. 19-21.

⁸⁰ WRR 2000, p. 19.

de gehele samenleving. Door een grote groep hoog opgeleiden in de maatschappij, kan deze zich beter ontwikkelen hetgeen de samenleving als geheel ten goede komt.

De term 'het algemeen belang' wordt wel gebruikt om aan te geven dat de individuele private belangen niet leidend zijn maar dat de overheid zich moet richten naar de publieke belangen die aan de orde zijn. De overheid behoort het algemeen belang te dienen, hetgeen individuele belangen overstijgt. Ik zou willen betogen dat het algemeen belang bestaat uit een optelsom van en een afweging tussen publieke belangen.

3.5.3 Kenmerken van publieke belangen

In de juridische en bestuurskundige literatuur is het begrip publiek belang getypeerd. Hieruit komt naar voren dat publieke belangen historisch contingent zijn, hetgeen wil zeggen dat zij door de tijd heen verschillen.⁸¹ Er is zodoende geen lijst te maken van publieke belangen die de tand des tijds zou kunnen doorstaan. Zij worden steeds opnieuw door de uitkomst van het politieke proces bepaald. Een bijkomend probleem om te bepalen of met bepaalde wetgeving de vastgestelde publieke belangen ook worden bereikt, is dat publieke belangen in het algemeen niet als zodanig worden geëxpliciteerd in het wetgevingsproces.⁸²

Het karakter van publieke belangen wordt ook wel aangeduid met de term ambigu. Zij zijn moeilijk te objectiveren, veranderlijk in de tijd en vragen om afweging tegen andere publieke belangen die ook veranderlijk zijn. Dit levert een uitdaging op voor de overheid.⁸³ Een andere, vergelijkbare, kwalificatie van publieke belangen is dat zij een emergent karakter hebben. Dit houdt in dat zij een constante verandering en ontwikkeling ondergaan.⁸⁴

Een voorbeeld van een publiek belang is de leveringszekerheid van elektriciteit. Een ander publiek belang dat de overheid wil bereiken is efficiëntie in de elektriciteitssector. Deze twee publieke belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen. Bij 100% leveringszekerheid moet er een kostbaar netwerk aangelegd, hetgeen uiteindelijk niet efficiënt is. Hoeveel procent leveringszekerheid is aanvaardbaar? Hoe efficiënt moet het functioneren minimaal zijn? Het antwoord op deze vraag wordt vaak niet door de wetgever gegeven.

Zoals Stout in haar oratie opmerkt, brengen de karaktereigenschappen van publieke belangen beperkingen met zich mee voor de mogelijkheid van codificatie ervan. De genoemde kenmerken van publieke belangen – zij zijn veranderlijk in de tijd, onderling tegenstrijdig en relatief – leiden ertoe dat codificatie van de publieke belangen in wetgeving weinig zal opleveren. Zij concludeert ook dat het zich niet met het karakter van publieke belangen verdraagt om de zwaarte en de waarde op voorhand te bepalen, noch om een prioritering en rangorde op voorhand aan te brengen.⁸⁵

Het is zeer lastig om als wetgever of als minister te bepalen hoe publieke belangen tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen in een concreet geval. In bepaalde gevallen is het daarom van belang dat de afweging van belangen plaatsvindt op een zo laag mogelijk niveau, omdat daar op dat moment de kennis van de feiten het grootst is. Om deze reden kan op dit niveau soms de beste beslissing worden genomen.

⁸¹ Vermeulen 2003, p. 20-21.

⁸² Zie paragraaf 9.3.

⁸³ De Bruijn & Dicke 2006, p. 734-735.

⁸⁴ De Bruijn & Dicke 2003, p. 474-493.

⁸⁵ Stout 2007, p. 28.

Hoewel deze kenmerken van publieke belangen in deze studie worden onderschreven, leidt het volledig omarmen van het bepalen en afwegen van het publieke belang op het operationele niveau tot een onbevredigende uitkomst. Als de wetgever niet expliciteert welke resultaten van de betrokken regulering worden verwacht, kan ook niet worden beoordeeld of de ingeslagen weg de juiste was. Dit is in ieder geval een onbevredigende uitkomst in het licht van deze studie die ervan uitgaat dat de overheid verantwoordelijkheid draagt voor het borgen van publieke belangen. Daarom is het van belang om vooraf helder te maken door wie en op welke wijze publieke belangen worden geïdentificeerd en tegen elkaar worden afgewogen. Dit betekent niet per definitie dat de uitkomst ervan ook op voorhand vast zou moeten liggen. Als zich problemen voordoen of als de uitkomst van de afweging onaanvaardbaar wordt geacht, moet vervolgens kunnen worden ingegrepen.

3.5.4 Publieke belangen in nutssectoren

Publieke belangen spelen altijd een belangrijke rol, maar in nutssectoren gelet op de kenmerken ervan zeker. Dit heeft te maken met de eerder besproken rol van nutssectoren in het leven van de burger en de maatschappij als geheel. Nutssectoren zijn van zeer groot belang voor de nationale economie en voor de burger als individu. Door het toenmalige kabinet zijn in 2000 in de Nota publieke belangen en marktordening de volgende abstracte publieke belangen in nutssectoren geïdentificeerd.⁸⁶ Leveringszekerheid, bescherming van de gebonden consument, universele dienstverlening, kwaliteit, milieu, veiligheid en volksgezondheid en ten slotte een goede marktordening.⁸⁷ Hierna worden de verschillende publieke belangen toegelicht. Deze publieke belangen worden benaderd vanuit het gezichtspunt van de consument.

Leveringszekerheid, in bepaalde sectoren in één adem genoemd met continuïteit van de levering, ziet op de beschikbaarheid van een goed of dienst voor de consument. Continuïteit heeft te maken met de leveringszekerheid in de toekomst. Leveringszekerheid is bereikt als men ervan uit kan gaan dat een bepaald goed of een bepaalde dienst altijd beschikbaar is voor de consument. In veel sectoren wordt geen volledige leveringszekerheid nagestreefd, omdat dit publieke belang wordt afgewogen tegen andere publieke belangen, zoals de betaalbaarheid van de dienst. Een kans van nul procent op de onderbreking van de levering van een dienst betekent dat er zeer hoge eisen moeten worden gesteld waar doorgaans hoge kosten mee gemoeid zijn.

De bescherming van de gebonden consument is aan de orde als de consument niet of heel moeilijk kan overstappen naar een andere leverancier van een bepaalde dienst. In dat geval is eerder sprake van een monopolie. In nutssectoren gaat het vaak om een natuurlijk monopolie vanwege de infrastructuur. Omdat hier eerder sprake is van machtsonevenwicht, moet de consument beschermd worden tegen de macht van de monopolist om bijvoorbeeld te hoge prijzen vast te stellen.

Universele dienstverlening ziet op de beschikbaarheid van de dienst, redelijke voorwaarden, min of meer gelijke prijzen en betaalbaarheid van de dienst. Dit begrip is afkomstig uit en wordt in hoge mate ingevuld door het EU-recht, waarin in secundaire regelgeving wordt bepaald dat DAEB tegen universele voorwaarden moeten worden geleverd.

Kwaliteit, milieu en volksgezondheid zijn publieke belangen die in beginsel voor zich spreken en ook niet beperkt zijn tot nutssectoren.

⁸⁶ Zie over deze nota paragraaf 3.7.2.

⁸⁷ Nota Publieke belangen en marktordening 2000, p. 8-10.

Een goede marktordening is van groot belang in nutssectoren. Het kwalificeren hiervan als een separaat publiek belang, zoals het toenmalige kabinet deed in de genoemde nota, heeft echter problematische trekken. Het is geen publiek belang op zichzelf maar een middel om een doel te bereiken. Als het goed is, heeft een goede marktordening een positieve invloed op het borgen van publieke belangen zoals de prijs en de kwaliteit. Hier wordt een goede marktordening derhalve niet als separaat publiek belang onderscheiden.

Hier kunnen de volgende abstracte publieke belangen worden geïdentificeerd:

- leveringszekerheid en continuïteit;
- bescherming van de gebonden consument;
- universele dienstverlening (waaronder betaalbaarheid);
- kwaliteit, milieu en volksgezondheid.

Uit de bespreking van de hiervoor genoemde publieke belangen blijkt dat zij een emergent karakter bezitten, zoals hiervoor in het algemeen over publieke belangen is besproken. Zo wordt betaalbaarheid in de praktijk afgewogen tegen leveringszekerheid en de kwaliteit van de dienst.

3.5.5 Slotsom

Publieke belangen in de zin van deze studie zijn alle doelen die de wetgever voor ogen heeft om te bereiken in een gegeven sector, al dan niet met behulp van (actieve) overheidsbemoeienis.

Bijzonder aan publieke belangen is dat zij niet vaststaan. Zij zijn veranderlijk in de tijd en moeten tegen elkaar worden afgewogen. Daarom zijn ze lastig te objectiveren. Om deze reden wordt er gewerkt met abstracte begrippen.

Publieke belangen die in nutssectoren een belangrijke rol spelen zijn leveringszekerheid en continuïteit, bescherming van de gebonden consument, universele dienstverlening, en kwaliteit, milieu en volksgezondheid.

De eigen aard en kenmerken van publieke belangen brengen mee dat de wetgever er goed aan zou doen zich er rekenschap van te geven door wie zij tegen elkaar worden afgewogen. Hierbij is het goed om aandacht te besteden aan op welk niveau dit gebeurt. Het is wel van belang dat de wetgever de publieke belangen als zodanig, zij het abstract, identificeert.

3.6 Partijen

3.6.1 Inleiding

Op gereguleerde markten in nutssectoren kan steeds een driedeling worden gemaakt in de verschillende partijen die een belangrijke rol spelen. Ten eerste gaat het om de overheid die de sector reguleert, ten tweede om de ondernemingen die nutsdiensten transporteren en leveren en ten slotte om de consumenten aan wie de diensten geleverd worden. Hierna worden deze drie partijen achtereenvolgens geschetst waarbij aan de orde zal komen welke gevolgen de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit zou moeten hebben voor de rollen die worden gespeeld door partijen binnen deze drie clusters.

Centraal staat in hoeverre de overheid doorslaggevende invloed kan uitoefenen op het afwegen tussen publieke belangen. Daarom zal relatief veel aandacht worden besteed aan de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. De reikwijdte van deze verantwoordelijkheid heeft immers invloed op de mate waarin politieke controle door het parlement kan plaatsvinden. Hierna zullen achtereenvolgens de verschillende verschijningsvormen van de overheid, de ondernemingen en de consumenten worden besproken. Dit gebeurt in het licht van de rol die deze partijen spelen bij het afwegen van publieke belangen.

Achtereenvolgens komen in het cluster overheid (3.6.2) aan de orde de nationale wetgever (3.6.2.2), de (betrokken) minister (3.6.2.3), marktautoriteiten (3.6.2.4), bestuursorganen van gemeenten en provincies en publieke aandeelhouders (3.6.2.5). Vervolgens worden de ondernemingen (3.6.3) en de consumenten (3.6.4) besproken. In de slotsom wordt een antwoord gegeven op de vraag welke partijen welke invloed hebben op het afwegen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren en welke uitgangspunten dit oplevert ten aanzien de keuze voor partijen op gereguleerde markten in nutssectoren (3.6.5).

3.6.2 Overheid

3.6.2.1 Inleiding

De overheid kan in verschillende verschijningsvormen optreden in nutssectoren. Het EU-recht wordt, zoals in de inleiding van dit onderzoek besproken, als gegeven beschouwd en daarom worden overheden van dat niveau hier in beginsel niet besproken.

Ten eerste is er op nationaal niveau de wetgever, daarnaast het openbaar bestuur, meer in het bijzonder de betrokken minister en verschillende marktautoriteiten. Op regionaal niveau zijn er ook autoriteiten die een rol kunnen spelen en provincies en gemeenten. Daarnaast is het nog mogelijk dat ofwel de Staat der Nederlanden (de Staat) ofwel de gemeenten en provincies optreden in de hoedanigheid van aandeelhouder in een onderneming die actief is in nutssectoren. Hierbij worden de concurrentiemodaliteiten betrokken om te bezien wat de keuze voor een concurrentiemodaliteit betekent voor de rol van verschillende partijen.

3.6.2.2 Wetgever in formele zin

De nationale wetgever bestaat uit de Regering, de Eerste en de Tweede Kamer. Tezamen stellen zij wetten vast die sectoren reguleren en op grond waarvan instrumenten worden ingezet om sectoren te reguleren. De wetgever bepaalt daarmee het ontwerp van de sector.

De nationale wetgever kan daarnaast de sturende partij zijn in een nutssector. Het feit dat publieke belangen zich in beginsel moeilijk wettelijk laten codificeren, betekent dat dit alleen kan wanneer het afwegen van publieke belangen zich op het niveau van de wetgeving en daarop gebaseerde regelgeving bevindt. Dit kan gebeuren om randvoorwaarden vast te leggen in alle verschillende concurrentiemodaliteiten. Daarnaast kan het verder gaan dan het vastleggen van randvoorwaarden als geen concurrentie wordt geïntroduceerd. Hoe meer van concurrentie wordt verwacht in een gegeven sector, hoe minder de wetgever ervoor zal (moeten) kiezen om, gelet op de aard van publieke belangen, uitkomsten van de afweging van publieke belangen in wetgeving vast te leggen.

In de drinkwatersector wordt een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme uitgevoerd. Daarbij kan van daadwerkelijke concurrentie nauwelijks gesproken worden. In en op grond van de Drinkwaterwet zijn normen ten aanzien van kwaliteit en leveringszekerheid in vergaande mate vastgelegd. Hier kan men stellen dat het afwegen van publieke belangen voor een belangrijk deel door de wetgever wordt gestuurd.

3.6.2.3 *Minister*

De betrokken minister is een bestuursorgaan in de zin van de Awb dat onder volledige politieke verantwoordelijkheid functioneert. Dit betekent dat het parlement hem ter verantwoording kan roepen als blijkt dat in sectoren iets mis gaat en dat de minister ook verplicht is zich te verantwoorden. Verantwoorden houdt niet alleen het geven van inlichtingen in, maar ook het aanspreekbaar zijn, rekenschap afleggen, rechtvaardigen, uitleggen en motiveren van beleid.⁸⁸ Dit betreft niet alleen de rechtmatigheid van het optreden van de ministers maar er is eerder sprake van een 'volledige' verantwoordingsplicht ten aanzien van rechtmatigheid én doelmatigheid van het handelen of nalaten. Via de ministeriële verantwoordelijkheid wordt het openbaar bestuur onderworpen aan de democratische controle van het parlement.⁸⁹

De vraag naar de reikwijdte van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid kan niet op grond van de relevante grondwetsbepalingen worden beantwoord.⁹⁰ Deze vraag wordt in de staatsrechtelijke literatuur op uiteenlopende wijzen beantwoord. Het klassieke antwoord op deze vraag luidt dat de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt is tot de bevoegdheden van de minister. Dit is in de literatuur de hoofdregel. Deze stelregel wordt door sommigen bestreden. Hierna volgt een korte bespreking van de verschillende visies waarna zal worden aangegeven welke vorm van ministeriële verantwoordelijkheid naar mijn mening zou moeten gelden in relatie tot nutssectoren.

De klassieke benadering van de ministeriële verantwoordelijkheid wordt wel aangeduid met het adagium: 'zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid'. Dit wil zeggen dat het bestaan van een verantwoordingsplicht en de bevoegdheid om instructies te geven keerzijden zijn van dezelfde medaille.⁹¹ Deze visie betekent derhalve dat een minister slechts ter verantwoording kan worden geroepen voor zover hij bevoegdheden heeft.⁹² Broeksteeg onderschrijft dit, maar nuanceert dit in zoverre dat de minister ook verantwoordelijkheid draagt voor bevoegdheden die zijn geattribueerd aan ondergeschikten, die dus niet aan de minister

⁸⁸ Broeksteeg 2004, p. 72.

⁸⁹ Bovend'Eert 2002, p. 27.

⁹⁰ Artt. 42, 68 en 69 Gw.

⁹¹ *Kamerstukken II 1992/93, 21 427, nr. 40, p. 9 (Rapport Steekhoudend ministerschap).*

⁹² Kortmann 2005, p. 324, Bovend'Eert & Kummeling 2004, p. 222, Elzinga 1994, p. 38 en Lubberdink 1982.

zelf toekomen.⁹³ Dit betekent dat als de minister niet over bevoegdheden beschikt hij, behalve op grond van zijn inlichtenplicht, niet gehouden is verantwoording af te leggen ter zake van misstanden op het beleidsterrein waarover hij gaat.

Kritisch over deze hoofdregel is Van Angeren, die het onjuist acht dat de ministeriële verantwoordelijkheid wordt afgeleid van de bevoegdheden van de minister. Hij is van mening dat de ministeriële verantwoordelijkheid niet is afgeleid van de bevoegdheden van de bewindspersoon, maar een veel meer fundamentele basis heeft. Het is een van de wezenskenmerken van de parlementaire democratie, aldus Van Angeren.⁹⁴ Hij komt uiteindelijk tot de conclusie dat de controle van het parlement op de functie bestuur in beginsel onbeperkt is, evenals de verantwoordelijkheid van de minister en daarmee ook de bevoegdheden van de minister. De controle over het bestuur (ook over dat wat op afstand is geplaatst) behoort volledig te zijn.⁹⁵

Ook kritisch over het klassieke adagium zijn Zijlstra en auteur dezes. Wij hebben twee verschillende vormen van politieke ministeriële verantwoordelijkheid onderscheiden. Ten eerste de zogenaamde ex-post verantwoordelijkheid die ziet op het afleggen van rekenschap over het al dan niet gebruiken van bevoegdheden door de minister. Ten tweede de ex-ante verantwoordelijkheid die erop ziet dat rekenschap wordt afgelegd voor het voldoende behartigen van een publieke taak.⁹⁶ Dit betekent echter niet dat hieruit zou moeten worden afgeleid dat de minister ook bevoegdheden toekomt op grond van deze ex-ante verantwoordelijkheid. Deze verantwoordelijkheid wordt ook wel aangeduid als stelsel- of systeemverantwoordelijkheid.⁹⁷

Uitgangspunt is dat de minister verantwoordelijk is voor het besturen om bepaalde publieke belangen te borgen. Op het moment dat blijkt dat een bepaald publiek belang in de praktijk niet wordt geborgd terwijl de minister op dat moment geen bevoegdheden heeft om in te grijpen, zou de minister uit hoofde van zijn mede-wetgeverschap om deze bevoegdheden moeten vragen. Ook als de wetgever bepaalde publieke belangen identificeert en de minister van oordeel is dat hij daarvoor niet over de benodigde instrumenten beschikt, kan hij stellen dat hij hiermee zijn ex-ante verantwoordelijkheid niet kan waarmaken.⁹⁸

De uitleg van de ministeriële verantwoordelijkheid is van groot belang bij de regulering van nutssectoren in het licht van de vraag in hoeverre de overheid nog grip heeft in deze sectoren. Als de beperkte ministeriële verantwoordelijkheid wordt aangehangen, betekent dit dat de minister bij ernstige misstanden ten aanzien waarvan hij geen bevoegdheden heeft geen verantwoording zou hoeven afleggen. Dit kan problematisch zijn in sectoren waarin de overheid wel, gelet op de vastgestelde publieke belangen, verantwoordelijkheid draagt voor het borgen van publieke belangen maar geen bevoegdheden heeft die daarmee corresponderen. In de praktijk blijkt ook dat de beperkte ministeriële verantwoordelijkheid doorgaans niet wordt nageleefd. Kamerleden voelen zich – terecht – niet gehinderd door deze dogmatiek en bevragen ministers over allerlei terreinen waar zich problemen voordoen. Juist waar zich liberalisering en privatisering voordoet, groeit de noodzaak van een ex-ante verantwoordelijkheid. Als gevolg hiervan moeten geen bevoegdheden worden aangenomen, maar waar nodig gecreëerd.

⁹³ Broeksteeg 2004, p. 72.

⁹⁴ Van Angeren 1996, p. 367.

⁹⁵ Van Angeren 1996, p. 373.

⁹⁶ Zijlstra & Wilkeshuis 2006, p. 17.

⁹⁷ Zijlstra 2009, p. 71.

⁹⁸ Zijlstra & Wilkeshuis 2006, p. 17-18

De minister is soms de sturende partij op gereguleerde markten in nutssectoren. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer hij tarieven of tariefstructuren vaststelt, wanneer hij een concessie verleent en wanneer hij aandeelhoudersbevoegdheden namens de Staat uitoefent.

3.6.2.4 *Marktautoriteiten*

Met marktautoriteiten worden bedoeld: zelfstandige bestuursorganen in de zin van de Awb die toezicht houden op marktwerking in nutssectoren waarbij zij kunnen ingrijpen.⁹⁹ Voor de hier onderzochte sectoren geldt dat zij op een afstand van de politiek staan. Zij hebben vergaande bevoegdheden om in te grijpen en de betrokken minister kan doorgaans alleen beleidsregels vaststellen maar niet in individuele gevallen ingrijpen. Dit betekent dat de betrokken minister beperkt politiek verantwoordelijk is voor het handelen van een marktautoriteit en dat heeft tot gevolg dat het parlement de minister hierover ook beperkt ter verantwoording zou kunnen roepen. Dit laatste hangt overigens samen met de uitleg en omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid die hiervoor is besproken. Dit betekent dat dit deel van het openbaar bestuur dat sterk gegroeid is in de afgelopen tien jaar, niet aan volledige democratische controle is onderworpen.

Marktautoriteiten kunnen de sturende partij zijn door wie de publieke belangen in kwestie tegen elkaar worden afgewogen. Een rol hierbij speelt doorgaans dat marktautoriteiten beschikken over expertise ten aanzien van de betrokken nutssector. Nutssectoren hebben vaak bijzondere technologische kenmerken voor de regulering waarvan expertise is vereist.

Vanuit het perspectief van de verschillende concurrentiemodaliteiten is er geen reden om het afwegen van publieke belangen van marktautoriteiten anders in te vullen dan wanneer dit gebeurt door de minister. In de markt wordt in beide gevallen eenzijdig ingegrepen door een van de markt onafhankelijke partij.

3.6.2.5 *Gemeenten en provincies*

Ook aan regionale en decentrale overheden kunnen verschillende bevoegdheden toekomen bij het reguleren van nutssectoren. Sommige nutssectoren worden op grond van nationale wetgeving volledig op een regionaal of decentraal niveau gereguleerd. Dit kan tot gevolg hebben dat het nationale parlement hierop geen grip meer heeft.

Een voorbeeld hiervan is de sector stads- en streekvervoer. Gelet op het lokale karakter hiervan heeft de wetgever de aanbesteding en verlening van concessies volledig in handen van regionale vervoersautoriteiten gelegd. Ook bijvoorbeeld het bepalen van de tarieven wordt aan deze autoriteiten overgelaten. Dit heeft tot gevolg dat de democratische controle hiervan op regionaal niveau plaatsvindt en dat, omdat de minister van Verkeer en Waterstaat op dit terrein geen bevoegdheden heeft, het parlement geen invloed zal kunnen uitoefenen op deze tarieven.

3.6.2.6 *Publieke aandeelhouders*

Zowel de Staat als gemeenten en provincies hebben naast uitdrukkelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden, ook de mogelijkheid om privaatrechtelijke bevoegdheden uit te oefenen op grond van het BW. Hoever deze publiekrechtelijke rechtspersonen zouden mogen gaan bij het uitoefenen van aandeelhoudersbevoegdheden gelet op hun bijzondere positie

⁹⁹ Van der Meulen 2004, p. 13-130.

wordt in het volgende hoofdstuk besproken.¹⁰⁰ De Kroon heeft een mogelijkheid om door middel van schorsing of vernietiging in te grijpen in het uitoefenen van aandeelhoudersrechten door lagere overheden. Daarnaast moet de minister van Financiën verantwoording afleggen aan het parlement over de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden namens de Staat.

3.6.3 Ondernemingen

Ondernemingen zijn entiteiten die goederen en diensten op de markt aanbieden met als oogmerk het verkrijgen van een *return on investment*. Ondernemingen die actief zijn in nutssectoren kunnen verschillende vormen aannemen. Het meest gangbaar is de vorm van de kapitaalvennootschap, veelal de naamloze vennootschap. Hier ligt de focus op de ondernemingen die nutsdiensten leveren aan en transporteren naar consumenten. Hoe meer eerder sprake is van concurrentie, hoe meer het afwegen van publieke belangen een samenspel kan worden in de markt, tussen ondernemingen en consumenten. Ondernemingen in nutssectoren hebben de afgelopen jaren grote veranderingen ondergaan door liberalisering en privatisering van de betrokken sectoren. Ook zijn er nieuwe bedrijven tot de markt in de sector toegetreden.

Juist bij rechtstreekse concurrentie, in het samenspel tussen de hierna te bespreken consumenten en de ondernemingen, zou de publieke belangenafweging voor een belangrijk deel moeten plaatsvinden. Ondernemingen moeten marktaandeel veroveren en passen hun gedrag aan wanneer hun klanten weglopen.

3.6.4 Consumenten

Consumenten zijn de particulieren – burgers en bedrijven – die nutsdiensten afnemen. Zoals hiervoor al is opgemerkt, kan worden vastgesteld dat hoe meer eerder sprake is van concurrentie hoe meer het afwegen van publieke belangen een samenspel wordt tussen de consumenten en de ondernemingen. Dit samenspel bestaat uit het kunnen kiezen tussen verschillende aanbieders van een dienst door consumenten. Het mechanisme kan uitsluitend functioneren wanneer de consumenten beschikken over betrouwbare en overzichtelijke informatie op basis waarvan zij een rationele keuze kunnen maken. Het is daarom van belang bij de introductie van concurrentie om – als het afwegen van publieke belangen voor deel aan de consumenten wordt overgelaten – ervoor te zorgen dat deze consumenten over betrouwbare en overzichtelijke informatie kunnen beschikken.

Met het bestaan van betrouwbare en overzichtelijke informatie functioneert het afwegen van publieke belangen nog niet zonder meer goed. Van belang is het gegeven dat consumenten in de ogen van de wetgever doorgaans worden geacht rationele keuzes te maken als het gaat om de introductie van concurrentie in nutssectoren. Ingezien moet worden dat het een illusie is dat alle consumenten op deze wijze met hun mogelijkheden omgaan. Veel consumenten zijn niet bereid of in staat allerlei afwegingen te maken, informatie te vergelijken en regelmatig een overstap naar een andere aanbieder te maken. Dit betekent dat er nooit volledig zou moeten worden vertrouwd op het laten afwegen van publieke belangen door consumenten en ondernemingen in nutssectoren omdat dit een averechts effect zou kunnen hebben.

¹⁰⁰ Zie paragraaf 4.6.

3.6.5 Slotsom

In nutssectoren speelt een aantal partijen een rol bij het vaststellen en tegen elkaar afwegen van publieke belangen. Hiervoor bleek dat hoe meer eerder sprake is van concurrentie, des te minder overheidsinvloed noodzakelijk is op het identificeren en afwegen van de precieze inhoud van publieke belangen.

Toch moet men hiermee om verschillende redenen voorzichtig zijn. Ten eerste is het van belang steeds goed voor ogen te houden welke gevolgen het verschuiven van de belangenafweging heeft voor de mogelijkheid voor de politiek om invloed uit te oefenen. Sommige vormen van regulering plaatsen het parlement buiten spel, andere doen dit niet. Daarnaast is van belang dat als het de consument is die de publieke belangen tegen elkaar afweegt, er rekening mee wordt gehouden dat er voldoende betrouwbare en overzichtelijke informatie beschikbaar is en dat consumenten doorgaans niet altijd rationeel met deze informatie omgaan.

3.7 Concurrentie in nutssectoren

3.7.1 Inleiding

Zoals eerder beschreven, is men de afgelopen decennia in nutssectoren overgegaan tot het invoeren van bepaalde vormen van marktwerking met onder meer als doel het verhogen van de kwaliteit en een verlaging van de prijs. Uitgangspunt in de Europese Unie is om ter vergroting van de welvaart zoveel mogelijk sectoren aan marktwerking bloot te stellen om te komen tot een interne gemeenschappelijke markt.

Er is wel nadrukkelijk aandacht voor 'diensten van algemeen belang'. Voor deze diensten wordt op het principe van marktwerking gedeeltelijk een uitzondering gemaakt. Voor nutssectoren is in het algemeen veel secundair EU-recht tot stand gekomen. In hoofdstuk 2 is dieper ingegaan op de rol en de invloed van het EU-recht in de betrokken sectoren en de grenzen voor nationale wetgevers in het bepalen van het marktontwerp dat dit met zich meebrengt.

In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord welke concurrentiemodaliteiten mogelijk zijn als wordt overgegaan tot de introductie van marktwerking in nutssectoren. Hierbij wordt nagegaan wie bij de verschillende concurrentiemodaliteiten als de 'sturende partij' kan worden beschouwd. Dit kan de consument zijn, maar ook de overheid zoals wij zullen zien. Hoe meer eerder sprake is van concurrentie om de gunst van de consument, des te groter moet de sturende rol van de consument zijn. Hoe minder hiervan eerder sprake is, hoe groter de sturende rol van de overheid zal moeten zijn.

Marktwerking in nutssectoren kan op verschillende manieren worden ingebed. Afhankelijk van de kenmerken van de sector kunnen keuzes worden gemaakt inzake de gewenste concurrentiemodaliteiten. In economische literatuur wordt, gericht op nutssectoren (door hen netwerksectoren genoemd), een aantal verschillende concurrentiemodaliteiten onderscheiden. Haffner en Van Hulst hebben hierin een voorkeursvolgorde aangebracht die zij 'ladder van concurrentie' hebben genoemd.¹⁰¹ Zij noemen er drie: concurrentie op de markt, concurrentie om de markt en benchmarking.

Door het tweede paarse kabinet werd hier destijds in een economisch afwegingskader een vierde concurrentiemodaliteit aan toegevoegd die bovenaan de voorkeursvolgorde kwam te staan, te weten concurrentie tussen marktsegmenten. In de bespreking van de verschillende concurrentiemodaliteiten wordt ook door het kabinet een zekere voorkeursvolgorde uitgesproken.¹⁰² Deze ladder kan worden gekenmerkt als: een voorkeur voor het introduceren van marktwerking, tenzij dit onmogelijk is. Hoewel men zich kan afvragen of deze voorkeursvolgorde nog steeds als uitgangspunt heeft te gelden voor het beleid,¹⁰³ zijn er twee redenen om toch deze concurrentiemodaliteiten als uitgangspunt te nemen. Ten eerste is dit de beleidsovertuiging van waaruit sectoren relatief kort geleden aan marktwerking zijn blootgesteld. Het duurt enige tijd voordat hiervan resultaten zichtbaar zijn. Er heeft bovendien door een later kabinet geen expliciete herziening van dit afwegingskader plaatsgevonden. Ook in de economische literatuur wordt deze indeling in concurrentiemodaliteiten tot uitgangspunt genomen.¹⁰⁴

¹⁰¹ Haffner & Van Hulst 1998, p. 812-816.

¹⁰² Nota Publieke belangen en marktordening 2000, p. 18.

¹⁰³ Uit de Den Uyl lezing door Wouter Bos op 25 januari 2010 kan worden afgeleid dat hij er in ieder geval niet (langer) zo over denkt, zie W. Bos, *De Derde Weg Voorbij*, 21^e Den Uyl-lezing, <www.scribd.com>.

¹⁰⁴ Veraart 2007.

Hierna wordt op het stappenplan van de Nota publieke belangen en marktordening kritiek geleverd (3.7.2). Daarna worden de concurrentiemodaliteiten geschetst (3.7.3-3.7.7). Ten slotte wordt het besprokene samengevat in een slotsom (3.7.8).

3.7.2 Nota publieke belangen en marktordening bekritiseerd

3.7.2.1 *Stappenplan nota Publieke belangen en marktordening*

Alvorens de inhoud van de nota Publieke belangen en marktordening (de nota) te bespreken, wordt eerst de keuze om het stappenplan uit deze nota als vertrekpunt te nemen, gemotiveerd. De Tweede Kamer vroeg bij de behandeling van de Begroting van het Ministerie van Economische Zaken om een integrale visie van het kabinet op de wijze waarop het publieke belang zou moeten worden geborgd in zogenaamde netwerksectoren (in deze studie aangeduid als nutssectoren).¹⁰⁵ Ook de Eerste Kamer vroeg hierom, kort daarna tijdens de Algemene Politieke Beschouwingen.¹⁰⁶ Het kabinet gaf aan de oproep gehoor met deze nota, die tot stand is gebracht onder verantwoordelijkheid van de econoom Van Wijnbergen, destijds Secretaris-Generaal bij het ministerie van Economische Zaken.

Van dit stappenplan is sindsdien geen afstand genomen door een later kabinet. Ook is het introduceren van marktwerking nog altijd een belangrijk uitgangspunt van het huidige kabinetsbeleid, zoals blijkt uit de voortschrijdende reorganisatie van de gezondheidszorg.¹⁰⁷ In de tussentijd is bovendien van overheidswege geen nieuwe (beleids)visie verschenen op marktordening in nutssectoren in het algemeen.

Daarnaast omvatten de in de nota gepresenteerde verschillende concurrentie-modaliteiten in abstracto alle mogelijkheden voor concurrentie in nutssectoren. Dit laat onverlet dat een nadere specificatie per concurrentiemodaliteit, die weer zou kunnen resulteren in een onderverdeling in verschillende typen per modaliteit, niet is uitgesloten. De betrokken concurrentiemodaliteiten zijn afkomstig uit de economische literatuur en zij vormen een zinvol uitgangspunt.¹⁰⁸ Hoewel, zoals hierna zal blijken, kritische kanttekeningen kunnen worden geplaatst, dient het als een geschikt kader om de gedachten aan te scherpen.

De strekking van de nota wordt als volgt verwoord. 'Deze notitie gaat in op de vraag hoe de overheid haar verantwoordelijkheid voor publieke belangen in netwerksectoren op een effectieve en doelmatige wijze kan waarborgen. Het gaat hierbij met name om de garantie van universele dienstverlening, bescherming van gebonden klanten, leveringszekerheid, kwaliteit van de dienstverlening en het voorkomen van negatieve effecten voor milieu, veiligheid en volksgezondheid.'¹⁰⁹

In deze nota wordt in de volgende vijf stappen antwoord gegeven op deze vraag:

- a. Allereerst dient de overheid de relevante publieke belangen – en daarmee haar eigen verantwoordelijkheid helder te definiëren;
- b. Vervolgens dienen deze publieke belangen vertaald te worden in heldere regelgeving of concessievoorwaarden;

¹⁰⁵ *Handelingen II* 1999/00, 14.

¹⁰⁶ *Handelingen I* 1999/00, 5.

¹⁰⁷ Ingezet met de Wet marktordening gezondheidszorg, *Stb.* 2006, 415, laatstelijk geëvalueerd waarbij de ingezette weg verder wordt verfijnd, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 29 689, nr. 282.

¹⁰⁸ Haffner & Van Hulst 1998, p. 812-816.

¹⁰⁹ Nota Publieke belangen en marktordening 2000.

- c. Daarna wordt onafhankelijk en sterk toezicht ingericht om de naleving van regelgeving en concessievoorwaarden te handhaven;
- d. Dan komt de vraag aan de orde welke vorm van marktordening het meest kan bijdragen aan een efficiënte, innovatieve en klantvriendelijke dienstverlening. Hiertoe worden vier concurrentiemodaliteiten als vormen van marktordening gepresenteerd: concurrentie tussen markten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt en maatstafconcurrentie of benchmarking;
- e. Ten slotte wordt gezien hoe moet worden omgegaan met het eigendom van de bedrijven in deze sectoren, voorzover deze nog in overheidshanden zijn.

Nu de strekking van de nota kort is weergegeven, wordt in de volgende paragraaf ingegaan op de kritiek die erop kan worden geleverd.

3.7.2.2 *Kritiek op de nota Publieke belangen en marktordening*

Op het stappenplan van de nota is vanuit verschillende perspectieven kritiek geuit. Zo stellen Hancher (juriste) en Van Damme (econoom) vast dat de verschillende concurrentiemodaliteiten erg generiek zijn en nadere uitwerking behoeven. Daarnaast komen zij tot de conclusie dat het stappenplan weinig rekening houdt met de transitieproblematiek oftewel hoe de concurrentie daadwerkelijk tot stand zal komen vanuit een monopoliesituatie.¹¹⁰

Hierna zal achtereenvolgens op de verschillende stappen van voornoemd stappenplan vanuit het in deze studie gehanteerde juridisch-bestuurlijke perspectief worden ingegaan. Ten eerste wordt de naar mijn mening noodzakelijke aanvulling van de beperkingen die het EU-recht stelt aan de keuzes van de nationale wetgever besproken (b). Ten tweede zal worden ingegaan op de (onjuiste) veronderstellingen bij het bezigen van de term publieke belangen (c). Ten derde wordt ingegaan op de beperkingen voor de te hanteren instrumenten waarvan wordt uitgegaan bij de vertaling van publieke belangen (d). Ten vierde wordt ingegaan op het inrichten van onafhankelijk en sterk toezicht, hetgeen in beginsel wordt onderschreven (e). Ten slotte komt aan de orde hoe wordt omgegaan met publiek aandeelhouder-schap (f).

a. *EU-recht*

Het is opmerkelijk dat aan het EU-recht in het stappenplan van de nota geen aandacht wordt besteed. In hoofdstuk 2 is duidelijk geworden dat de invloed van het EU-recht op de mogelijkheden waarover de nationale wetgever beschikt om nutssectoren te reguleren zeer groot is. Een eerste noodzakelijke aanvulling op dit stappenplan is daarom de vraag naar de grenzen die het Europese recht stelt bij het kiezen voor publieke belangen, instrumenten, toezicht en een bepaalde concurrentiemodaliteit. Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken en in de sectorhoofdstukken naar voren zal komen, wordt de nationale wetgever in verschillende opzichten beperkt in zijn vrijheid om keuzes te maken. EU-recht maakt automatisch deel uit van onze rechtsorde (primair EU-recht of verordeningen) of wordt in onze rechtsorde omgezet (richtlijnen). Dit betekent dat bij de verschillende stappen van het stappenplan die hiervoor zijn aangehaald moet worden gezien welke ruimte er nog is op grond van EU-recht om zelf een afweging te maken. Hierop kan geen algemeen antwoord worden gegeven omdat dit enerzijds

¹¹⁰ Van Damme & Hancher 2000, p. 6-9.

afhankelijk is van sectorspecifiek recht en anderzijds van sectorspecifieke omstandigheden. Op deze twee redenen zal nu worden ingegaan.

Zoals in de sectorhoofdstukken (hoofdstukken 5 tot en met 8) zal blijken, is het per sector steeds verschillend in hoeverre het EU-recht voorschrijft welke publieke belangen moeten worden gediend, eventueel met behulp van welke instrumenten, of en hoe het toezicht moet worden georganiseerd en of een bepaalde concurrentiemodaliteit moet worden geïntroduceerd.

Als er geen sectorspecifiek EU-recht met betrekking tot deze onderwerpen tot stand is gebracht, of als dit niet volledig is, betekent dit dat het primaire EU-recht van toepassing kan zijn op nutssectoren. Of dit zo is, hangt af van de vraag of in de betrokken nutssector DANEB of DAEB worden geleverd. Zoals in hoofdstuk 2 is gebleken, hangt de inrichting van de nutssector samen met het antwoord op deze vraag. Als de sector op solidariteit is gestoeld en de organisaties niet op winst zijn gericht, zijn de diensten niet-economisch en kunnen de leveranciers ervan niet worden gekwalificeerd als ondernemingen, hetgeen betekent dat het EG-mededingingsrecht niet van toepassing is.

Voor het in dit onderzoek te presenteren afwegingskader betekent dit dat bij elke stap – zowel bij het vaststellen van publieke belangen, de keuze voor een concurrentiemodaliteit en de keuze voor bepaalde instrumenten – antwoord moet worden gegeven op de vraag naar de grenzen die het EU-recht in het concrete geval stelt.

b. Aard publieke belangen

Een volgend punt van kritiek betreft stap a van het stappenplan van de nota. Stap a houdt in dat de overheid de relevante publieke belangen moet definiëren. Hiervoor is echter naar voren gekomen dat het niet realistisch is te veronderstellen dat alle relevante publieke belangen kunnen worden gedefinieerd.¹¹¹ Veel publieke belangen zijn juist op gereguleerde markten veranderlijk en zij moeten bovendien tegen elkaar worden afgewogen. Het is zeer lastig om als wetgever of als minister te bepalen hoe publieke belangen tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen in een concreet geval. In bepaalde gevallen is het daarom van belang dat de afweging van belangen plaatsvindt op een zo laag mogelijk niveau, omdat daar op dat moment de kennis van de feiten het grootst is. Om deze reden kan op dit niveau de beste beslissing worden genomen.

Hoewel deze kenmerken van publieke belangen in deze studie worden onderschreven, leidt het volledig omarmen van het bepalen en afwegen van het publieke belang op het operationele niveau tot een onbevredigende uitkomst. Stap a van het stappenplan verdient daarom in zoverre nuancering dat niet moet worden gesuggereerd dat alle publieke belangen op voorhand tot achter de komma kunnen worden geïdentificeerd. Overeind blijft dat het van belang blijft om publieke belangen op voorhand, zij het in abstracto, te identificeren.

c. Vaststellen publieke belangen

Stap b van het stappenplan van de nota ziet op het vaststellen van de in stap a gedefinieerde publieke belangen in wet- en regelgeving en concessievoorwaarden. Hierop kan op twee punten kritiek worden geleverd, ten eerste op het vaststellen van publieke belangen en ten tweede op het beperkte bereik van de instrumenten waarmee het publieke belang zou kunnen worden gediend.

¹¹¹ Zie paragraaf 3.5.3.

De constatering die hiervoor is gedaan dat niet alle publieke belangen kunnen worden vastgesteld, betekent dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen publieke belangen die kunnen worden vastgelegd – statische publieke belangen – en publieke belangen waarvoor dat niet geldt – dynamische publieke belangen. Het is van belang dat in abstracto wordt vastgelegd welke publieke belangen volgens de wetgever een rol zouden moeten spelen. De statische publieke belangen kunnen worden vastgelegd. Vaak zal dit randvoorwaarden betreffen zodat zij geen afweging behoeven. Voor de dynamische groep publieke belangen geldt dat moet worden beslist door wie de publieke belangen worden afgewogen en hoe dit gebeurt. Dit betekent dat het stappenplan op dit punt nuancering behoeft. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen publieke belangen waarvan de invulling zodanig vaststaat dat zij wel in kunnen worden vastgelegd en publieke belangen waarbij dit niet het geval is.

De wetgever bleek van oordeel dat levering tegen kostprijs een publiek belang is in de drinkwatersector. Dit is opgenomen in de Drinkwaterwet en kan worden gehandhaafd. Voor de levering van het kabelsignaal is geen eerder sprake van tariefregulering voor de consumentenmarkt. Hier wordt de totstandkoming van het tarief overgelaten aan de markt, oftewel het samenspel van ondernemingen en consumenten.

Juist in geliberaliseerde nutssectoren wordt veel van de markt verwacht, hetgeen betekent dat publieke belangen worden afgewogen en vastgesteld door anderen dan de wetgever, mogelijk ook door private partijen. De aanvulling die naar mijn mening in stap a en b zou moeten plaatsvinden, is dat voor zover de publieke belangen niet kunnen worden vastgesteld, moet worden bezien op welk niveau de afweging moet plaatsvinden en door welke partij. Hierbij is van belang in hoeverre de sturende partij die de publieke belangen afweegt en vaststelt onder politieke verantwoordelijkheid werkzaam is. Dit maakt inzichtelijk in hoeverre politieke controle kan plaatsvinden op deze publieke belangenafweging.

Het tweede punt van kritiek betreft het bereik waarmee de vastgestelde publieke belangen zouden kunnen worden bereikt. Het bereik van wet- en regelgeving en concessievoorschriften is wat mij betreft te beperkt. Zoals in hoofdstuk 4 zal blijken, wordt in deze studie uitgegaan van het begrip sturende wetgeving. Niet valt in te zien waarom de wetgever zich overigens zou moeten beperken tot wet- en regelgeving en concessievoorschriften. In nutssectoren spelen vergunningen ook vaak een belangrijke rol bij het opleggen van normen om publieke belangen te borgen.

d. Onafhankelijk en sterk toezicht

Stap c behelst het inrichten van onafhankelijk en scherp toezicht om de betrokken wet- en regelgeving en concessievoorschriften te handhaven. In het midden blijft ten opzichte van wie de onafhankelijkheid van de toezichthouder geldt. Gaat het om onafhankelijkheid van de sector of van de politiek? Daar in de nota expliciet wordt gekozen voor onafhankelijk toezicht en er tevens wordt geopperd dat toezicht rechtstreeks onder de verantwoordelijkheid van de minister kan plaatsvinden, moet worden geconstateerd dat dit niet ziet op onafhankelijkheid van de politiek. Het beginsel dat op de naleving van normen toezicht plaatsvindt dat onafhankelijk is van de sector en sterk, wordt hier onderschreven.

De keuze voor de vorm en intensiteit van toezicht is sterk afhankelijk van de te kiezen concurrentiemodaliteit. Daarom is het nuttiger om de beslissing over toezicht meer naar achteren te schuiven in het afwegingskader zodat de keuze voor de concurrentiemodaliteit eerst kan worden bezien.

e. *Publiek aandeelhouderschap*

In de nota wordt gesteld dat bij voldoende concurrentie privatisering is aangewezen, in de woorden van de nota dat overheidseigendom van bedrijven onder omstandigheden moet worden afgestoten. Gelet op de eerder in dit hoofdstuk gegeven definitie wordt hier van privatisering gesproken.¹¹² Van privatisering bij voldoende concurrentie wordt een aantal voordelen geschetst. Bij onvoldoende concurrentie is privatisering niet per definitie aangewezen volgens de nota. Dan moet per monopolioïde situatie van geval tot geval worden gezien of privatisering wenselijk is. Dit ligt voor de hand wanneer effectief economisch toezicht uitgeoefend kan worden, aldus de nota.

In de nota is overheidseigendom in een aparte stap in het stappenplan ondergebracht. In dit onderzoek wordt overheidseigendom, hier aangeduid als publiek aandeelhouderschap, opgevat als instrument om publieke belangen te verwezenlijken.¹¹³ De vragen die moeten worden beantwoord per concurrentiemodaliteit zijn: welke publieke belangen zijn er geïdentificeerd en in hoeverre kan publiek aandeelhouderschap hieraan een bijdrage leveren? Als publiek aandeelhouderschap in een voorkomend geval geen bijdrage levert aan de borging van een publiek belang, dan zou naar mijn mening privatisering moeten plaatsvinden. Wel is van belang dat bij publiek aandeelhouderschap andere publieke belangen een rol kunnen spelen dan bij sommige andere instrumenten. Zo zal hierna duidelijk worden (hoofdstuk 4) dat met behulp van publiek aandeelhouderschap moeizaam rechtstreeks kan worden ingegrepen. Dit laat echter onverlet dat voor langetermijnbelangen publiek aandeelhouderschap een geschikt instrument zou kunnen zijn.

3.7.3 Concurrentie tussen marktsegmenten

Ten eerste noemde het kabinet het type 'concurrentie tussen infrastructuur'.¹¹⁴ De terminologie van de nota wijkt af van de hier gehanteerde terminologie. In de nota wordt gesproken van infrastructuur en netwerksectoren. Hier wordt, zoals reeds aangegeven, gesproken van nutssectoren en in dit geval van marktsegmenten. Hiervoor is gekozen omdat marktsegmenten breder toegepast kan worden dan infrastructuur en nutssectoren niet per definitie een infrastructuur hebben. Concurrentie tussen marktsegmenten houdt in dat consumenten zelf kunnen kiezen tussen verschillende marktsegmenten waarin één aanbieder actief is. De keuze van de consument is van doorslaggevend belang bij concurrentie tussen marktsegmenten. Door zijn keuze beïnvloedt hij de te bereiken publieke belangen. De overheid stelt verder uitsluitend randvoorwaarden.

Deze vorm van concurrentie treft men aan op de markt van mobiele telefonie. De consument kan een keuze maken uit het gebruik van verschillende mobiele netwerken, waarbij op elk netwerk één aanbieder actief is. Deze vorm is ook in opkomst in de vaste telefonie nu het door technologische ontwikkelingen ook mogelijk is om via de kabel telefoniediensten af te nemen. Aanbieders als UPC bieden telefoon via de kabel aan en concurreren daarmee met de vaste telefoonlijn van KPN.

Concurrentie tussen marktsegmenten behoeft (relatief) de minst ingrijpende regulering. Deze situatie laat zich immers goed vergelijken met een markt waarin consumenten uit verschillende aanbieders kunnen kiezen en daarom zal concurrentie relatief gemakkelijk van de

¹¹² Zie paragraaf 3.3.2.

¹¹³ Zie uitgebreider paragraaf 4.6.

¹¹⁴ Nota Publieke belangen en marktordering 2000, p. 19.

grond komen. Deze situatie doet zich wel voor in nutssectoren, maar vaak is dit het gevolg van technologische vooruitgang.

3.7.4 Concurrentie op de markt

Ten tweede kan eerder sprake zijn van 'concurrentie op het netwerk'.¹¹⁵ Dit houdt in dat verschillende aanbieders actief zijn op dezelfde infrastructuur. Consumenten kunnen dan zelf kiezen van welke aanbieder zij een dienst willen afnemen. Hierbij moet voor de regulering een onderscheid worden gemaakt tussen de toegang tot de infrastructuur en de levering door middel van de infrastructuur. Het gebruik van de infrastructuur moet worden opengesteld voor derden (concurrerende ondernemingen) door de eigenaar of beheerder ervan. Deze toegang, ook wel *third party access* geheten, moet daarom van overheidswege worden afgedwongen. De eigenaar van de infrastructuur heeft een monopoliepositie. Een gevaar is dat de monopolist misbruik maakt van zijn machtspositie door bijvoorbeeld zichzelf te bevoordelen in de voorwaarden voor toegang tot het netwerk of het hanteren van excessieve tarieven. Daarom is ook regulering van het gedrag van de eigenaar of beheerder van het netwerk noodzakelijk.

Aanbieders en vragers zijn op één netwerk actief. Een voorbeeld van deze modaliteit is zichtbaar op de geliberaliseerde elektriciteitsmarkt. De Energiekamer van de NMa stelt de tarieven vast voor toegang van derden tot de elektriciteitsinfrastructuur.

Bij concurrentie op de markt is de consument de sturende partij op de leveringsmarkt. Door zijn keuze beïnvloedt hij het gedrag van leveranciers. Op de infrastructuur is de overheid de sturende partij. De overheid moet invloed kunnen uitoefenen op de toegang tot het netwerk en het daarvoor gehanteerde tarief.

Bij concurrentie op de markt moet een zekere mate van ontvlechting plaatsvinden. Dit fenomeen is hiervoor besproken bij de regimeveranderingen.

3.7.5 Concurrentie om de markt

Ten derde is er de mogelijkheid van 'concurrentie om de markt'.¹¹⁶ In dit geval strijden verschillende aanbieders om een monopoliepositie voor een bepaalde duur op één bepaalde markt. De monopoliepositie wordt door de overheid aan de meest geschikte aanbieder gegeven.

Deze vorm van concurrentie is geïntroduceerd in de sector van het stads- en streekvervoer. In deze sector concurreren vervoerders met elkaar om het recht om bij uitsluiting openbaar vervoer in een bepaald gebied te mogen verrichten. Dit uitsluitende recht wordt door de overheid verleend na aanbesteding en voor een bepaalde periode waarna opnieuw aanbesteding plaatsvindt.

Deze vorm van concurrentie vraagt om relatief vergaand overheidsingrijpen. De overheid bepaalt immers vooraf aan welke eisen de partijen moeten voldoen. De overheid is hier de sturende partij die het aanbod volledig kan bepalen, terwijl het de consument is die de dienst afneemt. Dit betekent dat het van belang is dat de overheid op de hoogte is van de voorkeuren van de consument.

¹¹⁵ Nota Publieke belangen en marktordening 2000, p. 20.

¹¹⁶ Nota Publieke belangen en marktordening 2000, p. 22.

3.7.6 Prestatievergelijking

Ten slotte wordt een vierde zelfstandige concurrentievariant genoemd, te weten de prestatievergelijking. Een prestatievergelijking kan op twee manieren plaatsvinden: met en zonder afrekenmechanisme. Als eerder sprake is van een afrekenmechanisme dat is gekoppeld aan de vergelijking, wordt dit maatstafconcurrentie genoemd. Als eerder sprake is van een vergelijking waaraan geen consequenties verbonden worden, wordt dit *benchmarking* genoemd. Het gaat om gegevens van ondernemingen in een bepaalde sector die openbaar worden gemaakt en met elkaar (kunnen) worden vergeleken. Aan de uitkomsten van een dergelijke vergelijking kunnen eventueel (financiële) sancties verbonden worden.

In nutssectoren is de prestatievergelijking een aangewezen concurrentievariant wanneer geen andere vorm van concurrentie mogelijk is. Dit betekent dat het moet gaan om ondernemingen die over een monopolie beschikken. De prestatievergelijking vindt plaats in opdracht van de overheid.

Men kan vraagtekens plaatsen bij de vraag of in het geval van een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme de kwalificatie 'concurrentie' wel op zijn plaats is. Er is eerder sprake van een prikkel maar er is geen reëel vooruitzicht van het verlies van marktaandeel of anderszins bedreiging van de onderneming in een situatie waarin hij een monopolist is. De consumenten zijn immers gebonden aan de monopolist. De prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme zou naar mijn mening daarom eerder moeten worden beschouwd als een variant van een publieke organisatie.

De concurrentievariant prestatievergelijking wordt gehanteerd in de drinkwatersector. De drinkwatersector wordt gekenmerkt door regionale publieke monopolisten. In de prestatievergelijking wordt een vergelijkende studie verricht naar de onderlinge prestaties van de Nederlandse drinkwaterbedrijven.

Een prestatievergelijking moet derhalve naar mijn mening niet als een zelfstandige concurrentievariant worden gezien maar als een alternatief voor de uitvoering van taken voor een publieke dienst. Het kan worden gezien als een manier om commercialisering in de publieke dienst te organiseren. De overheid is hier de sturende partij. Consumenten kunnen de ondernemingen niet rechtstreeks afrekenen op de geboden informatie maar hooguit door middel van hun politiek-democratische rechten omdat zij gebonden zijn aan een monopolist. In sectoren waarin een prestatievergelijking wordt toegepast is de overheid de sturende partij.

Van groot belang bij het introduceren van een prestatievergelijking is het creëren van verschillende instrumenten om in te kunnen grijpen als de uitkomsten van de vergelijking onaanvaardbaar zijn.

3.7.7 Geen concurrentie

In aansluiting op het voorgaande is het mijns inziens van belang om ook de optie 'geen concurrentie' toe te voegen. De prestatievergelijking die hiervoor is genoemd, zou kunnen worden gekwalificeerd als een variant van deze optie van het organiseren van overheidsuitvoering. In het huidige bestel lijkt deze optie onder te sneeuwen, omdat de wens om zoveel mogelijk concurrentie tot stand te laten komen dominant lijkt. Er moet uiteraard rekening worden gehouden met de voordelen die concurrentie kan bieden ten opzichte van uitvoering door de overheid of een private monopolist, maar daarbij dienen eventuele nadelen van concurrentie niet uit het oog te worden verloren.

Een analyse zou immers tot de conclusie kunnen leiden dat een dienst het beste door één aanbieder zou kunnen worden aangeboden. Dit kan gelden in sectoren waarin de infrastructuur niet duplicerbaar is. Indien uitgegaan wordt van een splitsing tussen infrastructuur en overige diensten in een sector, kan het goed zijn dat het maatschappelijk het meest oplevert als er maar één aanbieder is. In dat geval is geen eerder sprake van verschillende ondernemingen en daarmee ook niet van een mogelijkheid om prestaties te vergelijken. Er zou in zo'n geval kunnen worden gedacht aan een internationale benchmark, indien in het betrokken land de dienst ook door een aanbieder wordt georganiseerd.

3.7.8 Slotsom

In het voorgaande is de Nota publieke belangen en marktordening als vertrekpunt gehanteerd. Tevens is hierop kritiek geuit. Een en ander heeft gevolgen voor het in dit onderzoek te presenteren afwegingskader voor de regulering van nutssectoren. In de nota ontbreekt een stap waarin wordt gezien welke grenzen het EU-recht stelt aan de regulering door de nationale wetgever. Daarnaast wordt mijns inziens in de nota voorbij gegaan aan het eigen karakter van publieke belangen. Zoals reeds besproken zijn zij veranderlijk en onderling tegenstrijdig. Dit eigen karakter brengt mee dat publieke belangen niet altijd kunnen worden vastgelegd. Er is zodoende een visie vereist op het identificeren en afwegen van deze publieke belangen tegen elkaar, waaraan in de nota geen aandacht wordt besteed. Daarnaast is het in de nota voorgestelde bereik om publieke belangen vast te leggen te beperkt. Niet alleen wet- en regelgeving en concessievoorschriften, maar ook vergunningvoorschriften komen hiervoor mijns inziens in aanmerking. Verder is geconcludeerd dat de vraag naar het onafhankelijk en sterk toezicht beter aan het einde van het afwegingskader aan de orde zou kunnen komen aangezien de inrichting ervan afhankelijk is van de gekozen concurrentiemodaliteit. Ten slotte wordt publiek aandeelhouderschap in dit onderzoek als een instrument behandeld.

De verschillende concurrentiemodaliteiten tussen marktsegmenten, op de markt, om de markt en prestatievergelijking zijn vervolgens beschreven. Hier is gekomen tot een iets afwijkende indeling van concurrentiemodaliteiten:

- (i) Concurrentie tussen marktsegmenten;
- (ii) Concurrentie op de markt;
- (iii) Concurrentie om de markt;
- (iv) Maatstafconcurrentie (prestatievergelijking met afrekenmechanisme), en
- (v) Geen concurrentie, waaronder prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme.

Een belangrijk aspect dat niet uit het oog moet worden verloren, is het feit dat nutssectoren vaak uit meerdere onderdelen bestaan die van elkaar onderscheiden kunnen en moeten worden. Zo wil het feit dat eerder sprake is van een natuurlijk monopolie niet langer zeggen dat dit betekent dat dit de gehele sector betreft. Dit geldt uitsluitend de infrastructuur. Als daarmee de infrastructuur met als functie transport wordt gescheiden van de dienstverlening in een sector, de levering, biedt dit aanknopingspunten om meerdere concurrentiemodaliteiten te introduceren.

Het wordt duidelijk uit de beschreven concurrentiemodaliteiten dat er bij verschillende modaliteiten verschillende instrumenten passen. Zo is er bij concurrentie tussen marktsegmenten weinig behoefte aan ingrijpende regulering vooraf. Bij concurrentie op de markt moet de monopolist die de infrastructuur beheert, worden gereguleerd om de infrastructuur voor derden open te stellen en toezicht te houden op de tarieven en voorwaarden. Bij concurrentie om de markt heeft de overheid veel ruimte om in te grijpen. Zij bepaalt immers vooraf

aan welke eisen de partij zal moeten voldoen. De prestatievergelijking is op zichzelf een vorm van overheidsingrijpen. De overheid moet wel beschikken over instrumenten om in te grijpen als de vergelijking resultaten geeft die onaanvaardbaar zijn. Als er geen concurrentie is, is de overheid volledig verantwoordelijk voor het resultaat en dit is dan ook de meest vergaande vorm van ingrijpen.

3.8 Slotsom

3.8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is de vraag beantwoord op welke wijze instrumenten in nutssectoren zouden moeten worden ingezet om ervoor te zorgen dat publieke belangen, met hun bijzondere aard, op markten in nutssectoren kunnen worden geborgd.

Voordat in het volgende hoofdstuk wordt besproken welke instrumenten aan de wetgever die de markt ordent ter beschikking staan, wordt op basis van het hiervoor besprokene een aantal uitgangspunten geformuleerd waaraan deze instrumenten of de inzet ervan zouden moeten voldoen. Het gaat erom aan welke eisen de instrumenten zouden moeten voldoen om, gelet op het karakter van publieke belangen en de situatie na de ingrijpende institutionele wijzigingen in nutssectoren, een zinvolle bijdrage te kunnen leveren aan het borgen van publieke belangen.

3.8.2 Regulering

Onder regulering wordt hier verstaan: 'Een bestendige en gerichte controle door de overheid over economische activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving.' Instrumenten zijn publiekrechtelijke, privaatrechtelijke of feitelijke middelen om deze controle uit te oefenen. Uiteindelijk is er altijd een mix van verschillende instrumenten nodig in een geliberaliseerde sector om publieke belangen te kunnen borgen. In onderlinge samenhang moeten deze instrumenten tot een geschikt eindresultaat leiden.

3.8.3 Veranderende regimes

De ontwikkelingen in nutssectoren stellen andere eisen aan de instrumenten dan voordat eerder sprake was van privatisering, liberalisering, commercialisering en internationalisering. Met name door liberalisering en privatisering moeten nutssectoren op een wijze worden gereguleerd die marktpartijen in staat stelt zelf publieke belangen te borgen. Dit vraagt om instrumenten met een hoge mate van flexibiliteit en vrijheid.

3.8.4 Nutssectoren

Nutssectoren zijn sectoren waarin nutsdiensten worden geleverd. Kenmerkend voor deze nutsdiensten is dat zij 'het algemeen nut' dienen. Wat dit precies inhoudt, kan in de loop van de tijd en naar gelang van ideologie veranderen. In ieder geval kan worden vastgesteld dat het algemeen nut een bovenindividueel belang inhoudt. Daarnaast worden nutsdiensten vaker dan in andere sectoren door middel van een infrastructuur geleverd, waardoor natuurlijke monopolies vaker voorkomen. Dit blijkt ook een van de belangrijkste economische redenen om nu juist in dit type sectoren in te grijpen na liberalisering. Daarnaast is gedurende liberalisering eerder sprake van een overgangssituatie. Zoals ook in andere sectoren is informatie-asymmetrie een vorm van marktfalen die moet worden ondervangen. Politiek-ideologische motieven zijn paternalisme en distributieve rechtvaardigheid.

De economische kenmerken van nutssectoren en het bovenindividueel belang van de geleverde diensten rechtvaardigen overheidsingrijpen waar dat nodig is.

3.8.5 Publieke belangen

In deze studie wordt de term publiek belang gehanteerd. Publieke belangen zijn veranderlijk in de tijd en moeten worden afgewogen tegen andere publieke belangen die op hun beurt weer veranderlijk zijn.

Gezien dit karakter van publieke belangen is het van belang dat de gehanteerde instrumenten ruimte laten daar in de dagelijkse praktijk publieke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Het vaststellen van en tegen elkaar afwegen van publieke belangen is een cruciaal punt, juist in geliberaliseerde nutssectoren. De publieke belangen zijn erg belangrijk, zowel voor individuen als voor de maatschappij als geheel. Bij het introduceren van concurrentie verschuift deze belangenafweging van de overheid naar de markt.

De eigen aard en kenmerken van publieke belangen brengen met zich mee dat ermee rekening moet worden gehouden door wie zij tegen elkaar moeten worden afgewogen. Het is van belang dat de wetgever vooraf onder ogen ziet op welk niveau gebeurt. Het is wel van belang dat de wetgever de publieke belangen als zodanig, zij het abstract, identificeert.

3.8.6 Partijen

In nutssectoren speelt een aantal partijen een rol bij het vaststellen en tegen elkaar afwegen van publieke belangen. Hiervoor bleek dat hoe meer eerder sprake is van concurrentie, des te minder overheidsinvloed noodzakelijk is op het afwegen van publieke belangen. Toch moet men hiermee om verschillende redenen voorzichtig zijn. Ten eerste is het van belang steeds goed voor ogen te houden welke gevolgen het verschuiven van de belangenafweging heeft voor de mogelijkheid voor de politiek om invloed uit te oefenen. Sommige vormen van regulering plaatsen het parlement buiten spel, andere doen dit niet. Daarnaast is van belang dat als het de consument is die de publieke belangen tegen elkaar afweegt, er rekening mee wordt gehouden dat er voldoende betrouwbare en overzichtelijke informatie beschikbaar is en dat consumenten niet altijd rationeel met deze informatie omgaan.

3.8.7 Concurrentie

Concurrentie in nutssectoren kan op verschillende manieren worden georganiseerd. Besproken zijn concurrentie tussen marktsegmenten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt en de prestatievergelijking. Van deze laatste vorm van concurrentie kan men zich afvragen of dit wel als zelfstandige concurrentievorm zou moeten worden opgevat als er geen eerder sprake is van een afrekenmechanisme. Daarnaast is deze reeks niet compleet zonder de optie van geen concurrentie.

Het wordt duidelijk uit de beschreven concurrentiemodaliteiten dat er bij verschillende modaliteiten verschillende instrumenten passen. Zo is er bij concurrentie tussen marktsegmenten weinig behoefte aan ingrijpende regulering vooraf. Bij concurrentie op de markt moet de monopolist die de infrastructuur beheert, worden gereguleerd om de infrastructuur voor derden open te stellen en toezicht te houden op de tarieven en voorwaarden. Bij concurrentie om de markt heeft de overheid veel ruimte om in te grijpen. Zij bepaalt immers vooraf aan welke eisen de partij zal moeten voldoen. De prestatievergelijking is op zichzelf een vorm van overheidsingrijpen. De overheid moet wel beschikken over instrumenten om in te grijpen als de vergelijking resultaten geeft die onaanvaardbaar zijn. Als er geen concurrentie is, is de

overheid volledig verantwoordelijk voor het resultaat en dit is dan ook de meest vergaande vorm van ingrijpen.

3.8.8 Slotsom

Op grond van het voorgaande kan een aantal uitgangspunten worden gedestilleerd waaraan een mix van instrumenten die in onderlinge samenhang wordt ingezet in nutssectoren, zou moeten voldoen. Door veranderende regimes in nutssectoren is het van belang een mix van instrumenten in te zetten die ruimte laat voor een uitkomst die wordt bepaald door marktwerking. Aan de andere kant rechtvaardigen de economische kenmerken van nutssectoren en het bovenindividueel belang ervan overheidsingrijpen als marktwerking tot een onaanvaardbare uitkomst leidt. Dit levert een spanning tussen flexibiliteit en zekerheid in geliberaliseerde nutssectoren, die erin moet resulteren dat goed moet worden afgewogen in hoeverre instrumenten zouden moeten worden ingezet.

De eigenschappen van publieke belangen vragen ook om een inzet van niet teveel hiërarchische instrumenten omdat dit op gespannen voet staat met het gegeven dat publieke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.

Bij elke concurrentiemodaliteit past een andere mix van instrumenten. Bij sommige modaliteiten ligt de nadruk op ingrijpen achteraf en bij anderen op ingrijpen vooraf. In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de verhouding tussen de specifieke instrumenten en de concurrentiemodaliteiten. De mix van instrumenten moet ruimte geven voor een bepaalde mate van flexibiliteit en tevens de mogelijkheid bieden om in te grijpen wanneer de marktwerking tot een ongewenst resultaat leidt.

4. INSTRUMENTEN IN NUTSSECTOREN

4.1 Inleiding

4.1.1 Achtergrond

In het voorafgaande hoofdstuk is uitgelegd wat in deze studie onder regulering wordt begrepen. Nu hierna op instrumenten wordt ingegaan die kunnen worden ingezet om nutssectoren te reguleren, is het zinvol om de definitie van regulering hier te herhalen. Regulering is 'een bestendige en gerichte controle door de overheid over activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving.'¹

In deze subparagraaf (4.1.1) wordt op zoek gegaan naar een goede begripsomschrijving van de instrumenten met behulp waarvan deze controle van de overheid over activiteiten die van belang zijn voor de samenleving plaats kan vinden, om publieke belangen te borgen. Dit is van belang om een antwoord te geven op de vraag wat van de hier geanalyseerde instrumenten kan worden verwacht bij het borgen van publieke belangen in nutssectoren. De vraag luidt: op welke wijze kunnen publieke belangen die zijn vastgesteld voor nutssectoren op een geschikte wijze worden geborgd met behulp van deze instrumenten?

Instrumenten kunnen worden aangeduid als 'middelen waarmee de staat in de particuliere sfeer intervenueert om de besluitvorming van de burgers zo te beïnvloeden dat deze – meer – overeenkomstig zijn beleidsdoelstellingen verloopt.', aldus Geelhoed.² Deze beleidsdoelstellingen worden in dit onderzoek aangeduid als 'publieke belangen', zoals hiervoor bleek.³ Geelhoeds omschrijving van de term 'instrumenten' is hier als vertrekpunt gekozen om in in het slot van subparagraaf 4.1.1 te komen tot een specifiek instrumentbegrip zoals dat in deze studie wordt gehanteerd.

In nutssectoren werden voorheen de publieke belangen geborgd door de overheid zelf omdat de nutsondernemingen onder volledige verantwoordelijkheid van de overheid werden gedreven. Destijds vielen zowel het creëren van instrumenten om publieke belangen te borgen als het daadwerkelijk realiseren van die publieke belangen onder de verantwoordelijkheid van de overheid en vaak vielen ze zelfs volledig samen. De overheid was de aanbieder van de diensten. De regimeveranderingen sinds de jaren negentig in deze sectoren hebben hierin een fundamentele wijziging gebracht.⁴ Instrumenten worden nog wel door de overheid (de wetgever) gecreëerd maar het daarmee borgen van publieke belangen wordt vaak aan derden overgelaten. De overheid trekt zich terug op de rol van 'regulator'. Zij roeit niet langer in alle gevallen, maar steeds vaker zit zij slechts aan het stuur.

Een voorbeeld waarmee deze verandering kan worden geïllustreerd is te vinden in de kabelsector. In de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werd de kabel aangelegd door de gemeenten. Het kabelbedrijf was doorgaans een bedrijf dat een onderdeel vormde van de gemeente en de invloed hierop en de gemeente had zodoende een vinger in de pap waar het ging om het aanbod en het tarief. In de jaren negentig hebben de meeste gemeenten hun kabelbedrijven geprivatiseerd. Zo ontstonden er lokale en op den duur regionale private monopolisten die gereguleerd moesten worden met behulp van instrumenten. Het waren nu private ondernemingen die de publieke belangen realiseerden.

¹ Zie paragraaf 3.2.2.

² Geelhoed 1983, p. 4.

³ Zie paragraaf 3.3.

⁴ Zie paragraaf 3.3.

Ondanks de technologische ontwikkelingen die satelliettelevisie en digitale televisie met zich mee brachten, is het marktaandeel van de kabelbedrijven nog altijd zeer groot (>80%). OPTA (marktautoriteit telecomsector) heeft inmiddels in overeenstemming met het relevante EU-recht bepaald dat de kabelbedrijven hun netwerken moeten openstellen voor programma-aanbieders. Hiervoor maakt OPTA gebruik van verschillende instrumenten.

In het verlengde van de metafoor van de overgang van 'roeien' naar 'sturen' kan een onderscheid worden gemaakt tussen het creëren van instrumenten om publieke belangen te borgen en het borgen ervan zelf. De overheid is verantwoordelijk voor het creëren van instrumenten waarmee publieke belangen kunnen worden geborgd. De borging zelf wordt overgelaten aan de bestuurlijke overheid (minister, marktautoriteit, burgemeester en wethouders), ondernemingen of consumenten. Het creëren van de instrumenten moet (kunnen) leiden tot de borging van de beoogde publieke belangen. Het borgen van publieke belangen hangt na liberalisering dan ook deels af van de wijze waarop bestuursorganen, ondernemingen en consumenten omgaan met de instrumenten om de publieke belangen te borgen. Vervolgens is van belang dat als bestuursorganen, ondernemingen of consumenten niet op een wijze met de instrumenten omgaan die leidt tot het borgen van de publieke belangen, dat de volksvertegenwoordiging de betrokken minister hierop kan aanspreken en kan verlangen dat deze ingrijpt. Deze mogelijkheden om in te grijpen vormen ook instrumenten.

Instrumenten in nutssectoren kunnen ter beschikking staan van verschillende partijen zoals hiervoor al bleek. Het gaat in deze studie dan ook uitdrukkelijk niet uitsluitend om bevoegdheden die toekomen aan de overheid. Het gaat om instrumenten die door de overheid worden gecreëerd, verondersteld of gestimuleerd. Bepaalde daarvan kunnen ook door particulieren worden benut.

Publieke belangen kunnen ook – en in een geliberaliseerde context is dat juist de bedoeling – door private partijen, bijvoorbeeld door consumenten of ondernemingen worden geborgd. Van de borging van publieke belangen door consumenten wordt in een geliberaliseerde sector vaak veel verwacht. In een concurrerende omgeving is het aan de consumenten om keuzes te maken. De consument rekent met zijn keuze idealiter een onderneming af op prijs, kwaliteit en aanbod. Door bijvoorbeeld over te stappen – of juist niet – stuurt de consument het gedrag van de onderneming hetgeen leidt tot een betere prijs, kwaliteit en een meer toegesneden aanbod voor consumenten, aldus de economische redenering. Hiermee zouden deze publieke belangen zijn geborgd. Hieraan ligt ten grondslag de door Smith geuite veronderstelling dat als door een individu zijn private belangen worden geoptimaliseerd hiermee – als het ware door een onzichtbare hand – vanzelf het publieke belang wordt gediend.⁵

In deze studie wordt het recht in de eerste plaats benaderd als middel om een doel te bereiken: het borgen van publieke belangen. Dit heeft te maken met de rol die het recht speelt in het hier gekozen onderzoeksobject: de nutssectoren. Waar vroeger de overheid rechtstreeks volledige invloed had op een nutssector, is nu (veelal) eerder sprake van gereguleerde markten waarin behoefte bestaat aan instrumenten om deze sector goed te laten functioneren en aan instrumenten waarmee de overheid kan ingrijpen waar dat noodzakelijk is. De nadruk ligt hier dan ook op de (juridische) vorm van de instrumenten, hoewel de inhoud gelet op het grote belang daarvan niet volledig achterwege kan blijven.

Veel – maar niet alle – instrumenten die worden toegepast om nutssectoren te reguleren, zijn bestuursrechtelijk van aard. In de bestuursrechtelijke literatuur kunnen verschillende invalshoeken gevonden worden die hier een bruikbare benadering opleveren. De hier geko-

⁵ Smith 1991, p. 399.

zen benadering van het recht als middel om een doel te bereiken wordt in genoemde literatuur wel geduid als instrumentele benadering van het recht, die vooral in de bijzondere delen van het bestuursrecht tot uiting komt. Instrumentaliteit kent volgens de Haan cs. een actief en een passief niveau.⁶

Actieve instrumentaliteit wordt door De Haan cs. geduid als het bestuursrecht in de vorm van in de bestuurswetgeving opgenomen bevoegdheden die de instrumenten voor de vaststelling en uitvoering van overheidsbeleid zijn.⁷ Hierbij moet men denken aan een bijzondere wet, waarin niet zozeer de materiële normen staan opgenomen, maar juridische instrumenten met behulp waarvan het overheidsbeleid kan worden vastgesteld en ten uitvoer gebracht. De in de Drinkwaterwet vastgestelde bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden van de minister, zijn in deze benadering instrumenteel voor de uitvoering van overheidsbeleid.

De passieve instrumentaliteit ziet op het bestuursrecht zelf als instrument voor de uitvoering van overheidsbeleid, bijvoorbeeld in de vorm van bestuurswetgeving. In deze benadering die van een hoger abstractieniveau is, wordt het bestuursrecht op zichzelf beschouwd als een instrument voor vaststelling en uitvoering van het overheidsbeleid. In deze benadering wordt bestuursrecht vastgesteld om bepaald beleid te verwezenlijken. Zo is de Drinkwaterwet als geheel in deze benadering instrument om een aantal verbeteringen in de sector door te voeren.

Het instrumentbegrip zoals in deze studie gehanteerd, komt ten dele overeen met de hiervoor genoemde actieve instrumentaliteit. Het ziet op de instrumenten die in bestuurswetgeving worden gecreëerd om overheidsbeleid uit te voeren. Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat juist als eerder sprake is van liberalisering er ook een belangrijke rol voor anderen dan de overheid kan zijn om publieke belangen te borgen, zoals eerder al aan de orde kwam. Het instrumentbegrip dat hier wordt gehanteerd kan zodoende als volgt worden omschreven:

Instrumenten zijn publiekrechtelijke, privaatrechtelijke en feitelijke middelen waarmee publieke belangen geborgd kunnen worden door consumenten, ondernemingen en overheden op gereguleerde markten in nutssectoren.

4.1.2 Drie functies van instrumenten

In deze paragraaf worden drie functies onderscheiden die instrumenten kunnen vervullen: een ontwerpfunctie, een controlefunctie en een correctiefunctie. In het kader van deze studie is het namelijk zinvol om te onderscheiden welke functie een bepaalde instrument vervult, gelet op het feit dat eenzelfde instrument verschillende functies kan vervullen. Instrumenten kunnen worden ingezet om deel uit te maken van het 'marktontwerp' (ontwerpfunctie). Daarnaast kunnen instrumenten worden ingezet om het functioneren van dit marktontwerp te kunnen controleren (controlefunctie) en ten slotte is er behoefte aan instrumenten waarmee kan worden ingegrepen (correctiefunctie). Dit onderscheid draagt bij aan een helder analysekader om een markt 'in te richten' en om als er op de betrokken markt iets misgaat te analyseren of het probleem ontstaat doordat een instrument een bepaalde functie al dan niet

⁶ De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 47. De instrumentele functie van het bestuursrecht wordt door De Haan c.s. onderscheiden naast de legitimerende functie en de waarborgfunctie ervan. Tezamen vormen deze drie functies de zogenaamde functionele benadering van het bestuursrecht.

⁷ De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 48.

voldoende vervult. Door dit inzicht kan op het juiste punt van regulering worden ingegrepen. Daarnaast wordt helder of alle drie de functies adequaat worden vervuld door de gekozen mix van instrumenten. Dit klinkt nu wellicht nog abstract; hierna zal worden ingegaan op deze functies die met voorbeelden zullen worden geïllustreerd.

Regimeveranderingen vragen om nieuwe wetgeving aangezien de regulering van een sector daarmee drastisch wordt gewijzigd. In deze nieuwe wetgeving wordt de nieuwe regulering van de sector vastgelegd. Dit kan ook worden aangeduid als 'basaal marktontwerp' omdat het doel van liberalisering is (tot op zekere hoogte) een markt te creëren. De wetgever ontwerpt een model voor een nieuwe markt, waarin eerder sprake is van meer partijen dan voorheen in de betrokken sector, andere posities van partijen, andere relaties tussen partijen en/of andere instrumenten om publieke belangen te borgen. Niet alles kan worden vastgelegd in wetgeving. Toch moet er in de nieuwe wetgeving een model terechtkomen voor het nieuwe marktontwerp. Daarnaast is op het onderdeel van de nutssector waar (indringende) overheidsinvloed gewenst wordt geacht, ruimte voor meer detaillering in de betrokken wet- en regelgeving. De hier gehanteerde termen marktontwerp en ontwerpfunctie zijn geïnspireerd op (de hantering van deze begrippen door) Knops. In zijn dissertatie gaat Knops in op een methode om, geredeneerd vanuit de technische kenmerken van elektriciteitsvoorziening, een geschikt ontwerp te maken voor een elektriciteitssector in Europa.⁸

Door instrumenten met een ontwerpfunctie in te zetten, beoogt de wetgever marktfalen te voorkomen en op die manier publieke belangen te borgen. Waar de overheid in nutssectoren voorheen zelf een dienst of goed leverde, ontwerpt zij nu een ruimte met instrumenten waarin ook anderen in staat zijn om publieke belangen te borgen. Het deel van de mix van instrumenten dat de sector het geraamte biedt om te functioneren, vervult in termen van dit onderzoek een ontwerpfunctie.

In het personenvervoer per spoor is een voorbeeld van een instrument met een ontwerpfunctie de aan de NS verleende concessie. Omdat eerder sprake is van een natuurlijk monopolie – immers de spoorweginfrastructuur kan niet economisch zinvol worden gedupliceerd – is geen volledige concurrentie op het spoor mogelijk. De Staat verleent een concessie aan de NS om het marktfalen, hetgeen in casu zou leiden tot een monopolist die onafhankelijk van de reiziger zijn prijs en kwaliteit bepaalt, door middel van de concessie te voorkomen. Deze concessie stelt dan voorwaarden inzake prijs, kwaliteit, klantvriendelijkheid, veiligheid en dergelijke.

Van deze ontwerpfunctie moeten de controle- en correctiefunctie die instrumenten kunnen vervullen, worden onderscheiden. Instrumenten met deze functie vallen in beginsel buiten het basale marktontwerp, zoals dat hiervoor is geschetst. Door middel van instrumenten met een controlefunctie is het bestuur in staat na te gaan in hoeverre het marktontwerp goed functioneert en of de regels van het marktontwerp worden nageleefd. Mocht bij deze controle blijken dat het marktontwerp niet functioneert omdat publieke belangen in de praktijk niet worden gerealiseerd of de regels niet worden nageleefd, dan kunnen instrumenten met een correctiefunctie worden ingezet. Hiermee kunnen overtredingen worden gehandhaafd en in het ultieme geval kan het marktontwerp worden aangepast.

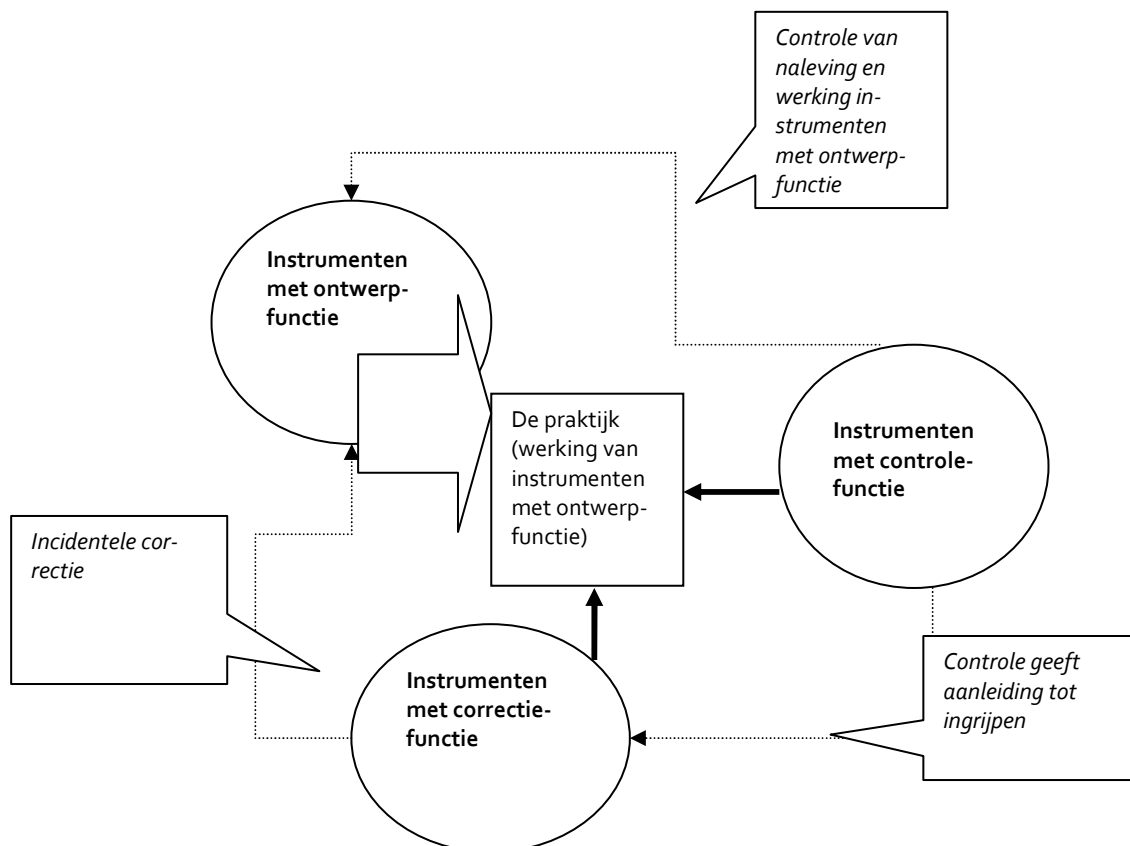
Een voorbeeld van een instrument dat een controlefunctie kan vervullen, is informatieverschaffing en openbaarmaking. Het parlement heeft recht op informatie van de minister als problemen optreden in een sector. Als uit deze informatie blijkt dat publieke belangen onvoldoende worden geborgd kan de Tweede Kamer óf de minister dwingen actie te ondernemen door gebruik te maken

⁸ Knops 2008.

van zijn handhavingsbevoegdheden óf – in het ultieme geval – zelf actie ondernemen door een wijziging van het marktontwerp voor te stellen. Dit ingrijpen gebeurt door middel van instrumenten met een correctiefunctie.

Deze werking van instrumenten met hun functies in relatie tot elkaar wordt in de volgende figuur weergegeven (fig. 4.1).

Fig 4.1 Functies in relatie tot elkaar



Het basale marktontwerp steekt (in theorie) zodanig in elkaar dat de betrokken sector kan functioneren. Hoewel controle en correctie hierbij onmisbaar zijn, omdat de regels anders niet afgedwongen zouden kunnen worden, hangt de werking van het basale marktontwerp niet rechtstreeks af van de vervulling van de controle- en correctiefunctie. Dit laat onverlet dat hiervan een werking uitgaat die naleving en oplossing binnen het basale marktontwerp stimuleert. Bij de bespreking van de verschillende instrumenten in dit hoofdstuk zal blijken dat eenzelfde instrument met het oog op verschillende functies kan worden ingezet.

4.1.3 Vraagstelling

4.1.3.1 Vraagstelling hoofdstuk

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord wat van bepaalde instrumenten kan worden verwacht bij het borgen van publieke belangen in nutssectoren. De vraag luidt: op welke wijze kunnen publieke belangen die zijn vastgesteld voor nutssectoren op een geschikte wijze worden geborgd met behulp van deze instrumenten? Hierbij wordt geanalyseerd of en op welke wijze het zinvol is bepaalde instrumenten in te zetten voor het borgen van bepaalde publieke belangen in de onderscheidenlijke concurrentiemodaliteiten. De volgende onderwerpen worden besproken: de motieven voor de toepassing van het instrument, het instrument zelf, de aard van het instrument en de mogelijkheden om het instrument in te zetten bij verschillende concurrentiemodaliteiten. Bij de aard van het instrument wordt gekeken naar de mogelijkheden voor de overheid om in te grijpen, het eventuele hiërarchisch karakter en of het wordt ingezet met het oog op een ontwerp-, controle- of correctiefunctie. Daarnaast wordt bekeken hoe het instrument zich verhoudt tot concurrentie en bij welke concurrentiemodaliteiten het instrument kan worden ingezet.

Hier kan geen compleet beeld worden geschetst van alle denkbare instrumenten die kunnen worden ingezet op gereguleerde markten in nutssectoren. Dit zou gelet op de opzet van deze studie te omvangrijk zijn en is gelet op het doel van deze studie ook niet noodzakelijk.⁹

Er is gekozen een aantal instrumenten te behandelen in dit hoofdstuk. Dit zijn sturende wetgeving, tariefregulering, informatieverstrekking, de vergunning, de concessie, publiek aandeelhouderschap en enige overige instrumenten. De in dit onderzoek gehanteerde definitie van regulering is: een bestendige en gerichte beïnvloeding door de overheid over activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving, zoals in hoofdstuk 3 naar voren kwam.¹⁰ Dit is een brede definitie. Omdat dit onderzoek is toegespitst op *gereguleerde markten* in nutssectoren, is het interessant om juist die instrumenten te onderzoeken waarmee op deze markten wordt ingegrepen. Het gaat dan om instrumenten die op een bestendige en gerichte manier het marktproces van vraag en aanbod pogen te beïnvloeden vanwege economische of niet-economische redenen. De nadruk ligt er bij deze instrumenten op dat zij ofwel erop gericht zijn markten beter te laten werken door marktfalen tegen te gaan ofwel erop gericht zijn de marktwerking te vervangen door middel van een ander systeem.

Een vergelijkbare keuze voor instrumenten wordt gemaakt in de Angelsaksische economisch-juridische getinte reguleringsliteratuur, in het bijzonder in het standaardwerk van Ogus.¹¹ In plaats van instrumenten spreekt hij van *forms of regulation*. Als vormen van sociale regulering noemt en bespreekt hij: regulering van informatie (*information regulation*), kwaliteits- en veiligheidsnormen (*standards*), voorafgaande toestemming (*prior approval*), economische instrumenten, zoals heffingen en subsidies (*economic instruments*) en regulering door het privaatrecht (*private regulation*). Als vormen van economische regulering noemt en bespreekt hij: publiek aandeelhouderschap (*public ownership*), tariefregulering (*price controls*) en wettelijke monopolies (*public franchise allocation*).

Hierbij moet worden benadrukt dat het onderscheid dat in deze literatuur wordt gemaakt tussen sociale en economische regulering hier wordt losgelaten.

⁹ Zie paragraaf 4.1.3.2.

¹⁰ Zie paragraaf 3.2.2.

¹¹ Ogus 1994, deel III en IV.

In de Angelsaksische economisch-juridische literatuur wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen sociale en economische regulering. Sociale regulering ziet op het oplossen van twee vormen van marktfalen: informatie-asymmetrie en negatieve externe effecten. Het gaat dan om onderwerpen zoals consumentenbescherming, milieubescherming en gezondheid. Deze sociale regulering kan ook met behulp van economische instrumenten plaatsvinden. Economische regulering heeft te maken met het oplossen van problemen die monopolies met zich mee brengen. In de Nederlandse literatuur wordt dit onderscheid niet op deze wijze gehanteerd.

De instrumenten die in dit hoofdstuk worden behandeld komen in grote mate overeen met de behandeling door Ogus. Anders dan Ogus, behandel ik niet separaat wat door hem als economische regulering wordt aangeduid, zoals heffingen en subsidies. Het gebruik van het subsidie-instrument is sinds de jaren negentig waarin de focus meer op marktwerking kwam te liggen afgebouwd. Dit geldt ook voor de hier onderzochte sectoren.

In de drinkwatersector komen momenteel geen subsidies voor. In het stads- en streekvervoer komen zij nog wel voor, maar er wordt naar gestreefd dit af te bouwen. In de elektriciteitssector worden wel subsidies gegeven voor milieuvriendelijke oplossingen. In de kabelsector is geen eerder sprake van subsidiëring. Uit het gegeven dat de parlementaire geschiedenis bij de liberaliseringswetten niet uitgebreid op subsidies ingaat, kan worden afgeleid dat deze geen prominente rol spelen als reguleringinstrument om marktwerking te bevorderen.

Daarnaast behandel ik, anders dan Ogus, wel een aantal reparatoire handhavingsinstrumenten die ik in de categorie overige instrumenten heb ondergebracht. Ik behandel ze omdat zij een veel toegepast sluitstuk vormen van andere instrumenten bij het borgen van publieke belangen in nutssectoren en daarom niet buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Zij zijn gericht op herstel van de rechtmatige toestand en die is gericht op marktwerking. Net als Ogus laat ik hier rechtsbescherming en klachtrecht buiten beschouwing. Deze instrumenten zijn er ook niet op gericht om marktwerking beter te laten werken of te vervangen zoals bij de andere hier behandelde instrumenten wel het geval is.

4.1.3.2 *Verband met centrale vraagstelling en afwegingskader*

Het antwoord op deze vraag levert een belangrijke bijdrage aan de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek. Deze hoofdvraag luidt: wat zijn de voorwaarden voor en beperkingen aan het reguleren van markten in nutssectoren met het oogmerk om publieke belangen te borgen vanuit het perspectief van de nationale wetgever, gegeven belangrijke grenzen die het recht van de Europese Unie daaraan stelt?¹² In het tweede hoofdstuk werden de grenzen van het EU-recht die de nationale wetgever beperken in zijn keuzes geanalyseerd. In het derde is ingegaan op de aard van publieke belangen, de bijzondere kenmerken van nutssectoren en de verschillende concurrentiemodaliteiten en besproken wat deze betekenen voor de regulering van nutssectoren. In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord welke instrumenten bij welke concurrentiemodaliteiten kunnen worden ingezet en op welke wijze. De beantwoording van deze laatste vraag levert inbreng aan het afwegingskader, waarin per concurrentiemodaliteit zal worden gezien welke overwegingen een rol zouden moeten spelen bij de keuzes die de wetgever maakt en welke instrumenten zich derhalve lenen voor toepassing in een bepaalde concurrentiemodaliteit. Dit afwegingskader is mede gericht op en leent

¹² Zie paragraaf 1.2.

zich goed voor uitbreiding met andere instrumenten die het bestek van dit onderzoek te buiten gaan. Het moet dan ook worden gezien als een dynamisch en niet als een statisch kader.

4.1.4 Opzet

Hierna wordt ingegaan op een aantal instrumenten die in nutssectoren door de wetgever kunnen worden ingezet. Achtereenvolgens komen aan de orde: sturende wetgeving (4.2), tariefregulering (4.3), openbaarmaking (4.4), de vergunning en concessie (4.5), publiek aandeelhouderschap (4.6) en overige instrumenten (4.7). Tot slot wordt op een rijtje gezet hoe deze instrumenten moeten worden beoordeeld in het licht van de vraagstelling van dit hoofdstuk (4.8).

In elke paragraaf wordt aandacht besteed aan de aard van het instrument. Hierbij komt steeds aan de orde welke functie(s) het instrument kan vervullen en in hoeverre met behulp van dit instrument door de overheid kan worden ingegrepen, in andere woorden: hoeveel 'grip' het de overheid geeft. Daarnaast wordt ingegaan op het instrument in samenhang met concurrentie. Hierbij wordt betrokken hoe ingrijpend en marktversturend het instrument is en bij welke concurrentiemodaliteit het welke rol kan spelen.

4.2 Sturende wetgeving

4.2.1 Inleiding

Wetgeving is een veelomvattend verschijnsel dat vanuit verschillende perspectieven kan worden bekeken. Tot halverwege de twintigste eeuw werd het vooral gezien als de neerslag van geldende opvattingen, waarbij de wetgever zeer terughoudend moest zijn. Sinds de jaren 1970-1980 is wetgeving steeds meer een instrument geworden om de maatschappij juist te sturen met als resultaat onze verzorgingsstaat. Men spreekt ook wel van een omslag in het streven van de wetgever van codificatie naar modificatie.¹³ Als de wet dienstbaar wordt gemaakt aan de sociale verandering, gaat de wetgeving deel uitmaken van een bepaald beleid, aldus Koopmans. Hij vervolgt: 'De wet is dan één van een serie instrumenten waarover de centrale overheid beschikt om tot verwerkelijking van zulk een beleid te geraken.'¹⁴

De centrale vraag die in deze paragraaf (4.2) wordt beantwoord, is welke rol het instrument wetgeving kan spelen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om af te bakenen in hoeverre wetgeving tot instrument in de zin van deze studie wordt gerekend, worden verschillende functies van wetgeving onderscheiden. Daarbij zal blijken dat in deze paragraaf sturende wetgeving als instrument centraal staat. Om de vraag te beantwoorden welke rol dit instrument speelt op gereguleerde markten in nutssectoren, wordt de aard van sturende wetgeving besproken. Daarnaast wordt de vraag beantwoord welke rol dit instrument heeft in de verschillende concurrentiemodaliteiten, op welk niveau het tot stand zou moeten komen en onder welke voorwaarden.

Hierna wordt ingegaan op de dimensies van wetgeving in een geliberaliseerde context (4.2.2). Vervolgens wordt op de aard van sturende wetgeving dieper ingegaan (4.2.3), waarna wordt onderzocht in hoeverre er ruimte is voor sturende wetgeving op concurrerende markten om publieke belangen te borgen (4.2.4). Hierbij komt aan de orde dat wetgeving op verschillende niveaus kan worden vastgesteld en wordt op een abstract niveau aangegeven welke overwegingen een rol zouden moeten spelen bij de keuze voor een bepaald niveau van vaststelling (4.2.5). Bijzondere aandacht wordt besteed aan de rol van een marktautoriteit bij het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften omdat dit in nutssectoren voorkomt en het de vraag is hoe zich dit verhoudt tot bepaalde democratisch-rechtsstatelijke uitgangspunten (4.2.6). Ten slotte worden de bevindingen op een rijtje gezet (4.2.7).

4.2.2 Wetgeving in nutssectoren

Wetgeving is een prominent publiekrechtelijk instrument bij het liberaliseren en reguleren van nutssectoren en het borgen van publieke belangen in deze sectoren. De regimeveranderingen in de regulering van deze sectoren zijn allemaal op basis van wetgeving tot stand gekomen. Zo is de liberalisering van de kabelsector (als deel van de telecommunicatiesector) en de elektriciteitssector als gevolg van Europese wetgeving tot stand gekomen. De liberalisering van het stads- en streekvervoer en de wijziging van de regulering van de drinkwatersector zijn op grond van nationale wetgeving tot stand gekomen. Hierbij vindt op nationaal niveau zowel deregulering als herregulering plaats.¹⁵ In deze wetgeving wordt (onder meer) vastgelegd welke bevoegdheden aan welke bestuursorganen toekomen, welke rechten marktpartijen heb-

¹³ Zie over deze verandering: Koopmans 1970, p. 222-223.

¹⁴ Koopmans 1970, p. 227.

¹⁵ Zie nader paragraaf 3.3.2.

ben en aan welke plichten zij zich moeten houden. Deze regels worden in lagere normering nader uitgewerkt. In het bijzonder in het bestuursrecht komt het voor dat normen van een wet in formele zin in lagere wetgeving en uiteindelijk zelfs in beschikkingen nader kunnen worden uitgewerkt. Dit fenomeen wordt wel aangeduid als 'gelede normstelling'.¹⁶

In deze paragraaf (4.2) staat wetgeving in materiële zin centraal, ook wel aan te duiden als algemeen verbindende voorschriften. Algemeen verbindende voorschriften kunnen tot stand komen door een wet in formele zin, maar ook door een algemene maatregel van bestuur, een ministeriële regeling, een besluit van een marktautoriteit of besluiten op decentraal niveau. Algemeen verbindende voorschriften zijn één manier om normen op te leggen. Een andere manier is het verbinden van normen aan beschikkingen, zoals het verbinden van voorschriften aan een vergunning. Beide wijzen van normoplegging kunnen dezelfde functie vervullen, maar het betreft verschillende instrumenten in termen van dit onderzoek.

Wetgeving is een veelomvattend fenomeen dat in de literatuur veelvuldig is besproken.¹⁷ Niet alle wetgeving is echter een instrument om publieke belangen te borgen in de zin van dit onderzoek. Om deze reden is het allereerst van belang een onderverdeling te maken in verschillende typen om te kunnen bepalen welk type wetgeving tot de instrumenten in de zin van deze studie kan worden gerekend en in navolging daarvan welk type normering. De typen worden hier geduid aan de hand van de dimensies die wetgeving heeft in een geliberaliseerde context.

In de literatuur over wetgeving komt men ook wel andere begrippen tegen die kunnen worden vergeleken met het hier gebruikte begrip 'dimensies'. Door Herweijer,¹⁸ Veerman¹⁹ en Van Kreveld²⁰ wordt het begrip 'functies' gehanteerd. Zo spreekt Stout van de betekenissen van de wet,²¹ evenals Eijlander en Voermans,²² spreekt Koopmans van de rol van de wetgever²³ en spreekt Hirsch Ballin van de waarde van wetgeving.²⁴ Eerst moet worden bepaald welke wetgeving in het kader van deze studie moet worden beschouwd als instrument in hiervoor bedoelde zin. Alleen deze wetgeving is een instrument in de zin van dit onderzoek. Als afgebakend is om welke wetgeving het precies gaat, moet vervolgens worden geanalyseerd welke functie (ontwerp, controle of correctie) deze wetgeving dan zou vervullen.

In dit onderzoek wordt een functioneel onderscheid gemaakt tussen de verschillende dimensies wetgeving in geliberaliseerde sectoren vanuit het perspectief van de wetgever. In een geliberaliseerde context kan mijns inziens een drietal dimensies van wetgeving worden onderscheiden: een kaderstellende, een constituerende en een sturende dimensie.²⁵

¹⁶ Zie voor een goede uitleg van dit fenomeen: Schreuder-Vlasblom 2007, p. 47.

¹⁷ Zie onder anderen: Veerman 2007, Van Ommeren 1996, p. 116 e.v., Van der Vlies 1991, p. 4 e.v. en werken aangehaald in de volgende noten.

¹⁸ Herweijer 1994, p. 9 e.v.

¹⁹ Veerman 2007, p. 127-153.

²⁰ Van Kreveld 1990, p. 189-202.

²¹ Stout 1994.

²² Eijlander & Voermans 1999.

²³ Koopmans 1970, p. 221-235.

²⁴ Hirsch Ballin 1990, p. 61-67.

²⁵ Zie voor een iets andere indeling van soorten wetgeving (nl. in grondslag, kader of instrument van overheidsbeleid) De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 281-282.

4.2.3 Dimensies wetgeving in een geliberaliseerde context

Het is van belang hier verschillende dimensies van wetgeving in geliberaliseerde context van elkaar te onderscheiden om te kunnen afbakenen welk type regelgeving als een instrument moet worden beschouwd.

Wetgeving kent in een geliberaliseerde context drie dimensies, zoals hiervoor reeds is betoogd. De nationale wetgever opereert niet in een vacuüm. Door hogere wetgeving en verdragen wordt bepaald wat de grenzen zijn aan het optreden van de wetgever. Hij kan binnen deze grenzen instrumenten scheppen en toekennen onder bepaalde voorwaarden. Daarnaast kan de wetgever aan deze instrumenten normen verbinden, of los van de instrumenten normen stellen, die zich richten tot marktpartijen.

Om te beginnen schept wetgeving het kader waarbinnen instrumenten door de nationale wetgever kunnen worden gecreëerd. Zo staat het VWEU de inzet van bepaalde instrumenten in bepaalde sectoren niet toe of normeert zij die inzet en scheppen de grond- en mensenrechten grenzen voor de wetgever.

Het verbod op staatssteun ex artikel 107 VWEU staat er onder omstandigheden aan in de weg dat de Staat een bepaalde onderneming een direct of indirect voordeel biedt, waardoor de mededinging wordt vervalst en hetgeen de tussenstaatse handel kan beïnvloeden. Verder zijn er grenzen aan de wijze waarop de overheid een markt kan ontwerpen gelegen in de grond- en mensenrechten. Artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM stelt bijvoorbeeld grenzen aan de ontneming van eigendom.

Deze eerste dimensie van wetgeving wordt hier aangeduid als kaderstellend. Aan deze kaders (of grenzen) heeft de nationale wetgever zich bij het scheppen en vormgeven van een markt/nutssector en van verschillende instrumenten te houden. Deze kaderstellende regelgeving is voor het EU-recht ten aanzien van nutssectoren in het algemeen in hoofdstuk 2 nader uitgewerkt.

Ten tweede biedt wetgeving een grondslag voor instrumenten. In een wet kan een instrument worden gecreëerd en (onder bepaalde voorwaarden) aan een bepaalde actor worden geattribueerd (bestuursorganen) of toegekend (particulieren). Aan de instrumenten zijn in het algemeen ook normen verbonden die zich richten tot de actor die het instrument toepast. Voor het kunnen benutten van de meeste instrumenten is vanwege het legaliteitsbeginsel een wettelijke bevoegdheidsgrondslag vereist. Het legaliteitsbeginsel eist (onder meer) dat bepaald overheidsoptreden op een wettelijke en daarmee op een democratische grondslag berust. Over de vraag welk overheidsoptreden precies aan deze eis moet voldoen, lopen de meningen in de literatuur uiteen. Enerzijds wordt een beperkte visie voorgestaan die inhoudt dat alleen belastend overheidsoptreden een wettelijke grondslag behoeft. In de literatuur wordt gesteld dat het moet gaan om vrijheidsbeperkend overheidsoptreden, om *Eingriffsverwaltung*, om ingrijpende besluiten of om betrokkenen bindende verplichtingen.²⁶ Anderzijds wordt bepleit dat alle overheidsoptreden onder de werking van het legaliteitsbeginsel moet worden gebracht.²⁷ In ieder geval wordt breed gedragen dat begunstigend overheidsoptreden in beginsel geen wettelijke grondslag behoeft.

De wettelijke grondslag begrenst bovendien het overheidsoptreden. Zo mogen uitsluitend de belangen waarop het instrument in kwestie is gericht, worden afgewogen bij het in-

²⁶ Zie over deze verschillende opvattingen Van Ommeren 1996, p. 190 e.v.

²⁷ Zie voor een bespreking van deze uiteenlopende meningen: Van Ommeren 1996, p. 14-15.

zetten van een instrument. Dit wordt ook wel het specialiteitsbeginsel genoemd.²⁸ Deze tweede functie van wetgeving wordt hier aangeduid als constituerend.

Omdat de constituerende wetgeving overheidsoptreden legitimeert en tevens begrenst, kan men binnen deze functie een tweetal functies onderscheiden die in de literatuur vaker worden genoemd naast de instrumentele functie, te weten de legitimerende functie en de waarborgfunctie van wetgeving.²⁹ Aan de constituerende dimensie wordt bij ieder instrument in dit hoofdstuk aandacht besteed om de vraag te beantwoorden of het besproken instrument een wettelijke grondslag behoeft en op welk niveau het instrument moet of kan worden geconstitueerd.

In de Wet personenvervoer 2000 is een instrument in het leven geroepen om marktwerking in het stads- en streekvervoer tot stand te brengen: de aanbestede concessie. Zonder concessie is het verboden om openbaar vervoer te verrichten.³⁰ Een concessie geeft een vervoerder het exclusieve recht en de plicht om openbaar vervoer te verrichten. Een concessie wordt verleend door een regionale vervoersautoriteit en moet op basis van de wet worden aanbesteed zodat vervoerders met elkaar concurreren om het verkrijgen van de concessie.³¹

Ten derde kan wetgeving op zichzelf een instrument zijn om het gedrag van marktpartijen te beïnvloeden. Dit wordt hier de sturende dimensie van wetgeving genoemd. Deze wetgeving kan ook worden aangeduid met de term wetgeving met een beleidsinstrumenteel karakter.³² Hier wordt kortheidshalve de term 'sturende wetgeving' gehanteerd. Als een instrument wordt ingezet, bepalen ge- en verboden aan welke normen degene die het instrument inzet zich heeft te houden en aan welke normen marktpartijen tot wie het instrument is gericht, zijn gehouden. Het gaat hier derhalve om gedragsvoorschriften.

Deze sturende dimensie moet niet alleen scherp onderscheiden worden van de kaderstellende maar ook van de constituerende functie. Als in wetgeving een specifiek instrument wordt gecreëerd, is de wetgeving zelf niet sturend en daarom op zich geen instrument in de zin van deze studie. Deze wetgeving constitueert dan bijvoorbeeld een subsidie of een concessie. Voorzover de wetgeving echter voorts ge- en verboden (gedragsregels) introduceert ten aanzien van de inzet van het instrument, is deze zelf een instrument dat een rol speelt binnen de betrokken sector door het gedrag te sturen. Ook algemene ge- en verboden, die niet zijn verbonden aan een specifiek instrument kunnen gedrag sturen.

Aan de hiervoor genoemde concessie kunnen voorschriften worden verbonden. Zo worden in de concessie bepalingen opgenomen ten aanzien van de tarieven, van punctualiteit en toegankelijkheid voor gehandicapten.³³ De overtreding hiervan kan door de concessieverlener worden gehandhaafd.

Een verplichting op grond van de Wet personenvervoer 2000 die zich rechtstreeks tot een marktpartij richt, is de plicht van de concessiehouder om desgevraagd bepaalde gegevens ter beschikking te stellen van de concessieverlener die deze nodig heeft om de aanbesteding voor te bereiden.³⁴

²⁸ Hierover uitgebreid: Schlössels 1998.

²⁹ De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 47.

³⁰ Art. 19 lid 1 Wp 2000.

³¹ Art. 61 lid 1 Wp 2000.

³² Van Ommeren 2008a, p. 86.

³³ Art. 42 lid 2 Wp 2000 bepaalt dat voorschriften ten aanzien van bepaalde onderwerpen aan de concessie worden verbonden.

³⁴ Art. 46 lid 1 Wp 2000.

4.2.4 Sturende wetgeving: aard instrument

Zoals hiervoor reeds opgemerkt wordt uitsluitend sturende wetgeving in deze studie beschouwd als een instrument om publieke belangen te borgen. Dit is een instrument met een publiekrechtelijk karakter, te onderscheiden van instrumenten met een privaatrechtelijk of feitelijk karakter.³⁵ Met behulp van dit instrument pogen de nationale wetgever en bestuursorganen door middel van het stellen (en doen handhaven) van regels bepaald gedrag af te dwingen. Dit instrument stelt de overheid in staat om in te grijpen. Hierbij is wel van belang in hoeverre de partij die de wetgeving vaststelt dit onder politieke verantwoordelijkheid doet. Bij de meeste organen van de overheid die wetgeving vaststellen, geldt dat zij dit onder politieke verantwoordelijkheid doen. Dit heeft als gevolg dat de nationale en decentrale volksvertegenwoordiging de mogelijkheid heeft om wijzigingen aan te brengen en eventueel het betrokken bestuursorgaan ter verantwoording te roepen als blijkt dat publieke belangen in de praktijk niet worden geborgd.

Een uitzondering hierop – in zoverre dat normen onder beperkte politieke verantwoordelijkheid tot stand komen – zijn de marktautoriteiten. Hierop zal hierna dieper worden ingegaan.³⁶

Sturende wetgeving vervult een ontwerpfunctie op gereguleerde markten in nutssectoren. Dit instrument vormt over het algemeen een belangrijk deel van het basale marktontwerp. Het bevat een deel van de normen waaraan partijen zich hebben te houden. Sturende wetgeving bestaat uit ge- en verboden die zich richten tot marktpartijen of tot bestuursorganen die de betrokken instrumenten inzetten. Deze ge- en verboden kunnen in Europese, nationale of decentrale wetgeving zijn opgenomen. Het niveau van wetgeving is van belang. Hierop zal hierna worden ingegaan (4.2.5).

4.2.5 Sturende wetgeving en concurrentie

Een vraag die rijst, is welke rol is weggelegd voor het instrument sturende wetgeving in een concurrerende omgeving. Sturende wetgeving is een ingrijpend instrument dat eenzijdig van overheidswege wordt opgelegd en derhalve een sterk hiërarchisch karakter kent. Met hiërarchisch wordt bedoeld dat de normen van bovenaf worden opgelegd. In bestuurskundige literatuur wordt betoogd dat hiërarchische instrumenten niet aansluiten bij het borgen van publieke belangen vanwege het veranderlijke en ambigue karakter van deze belangen.³⁷ Dit betekent dat hiërarchische instrumenten, waaronder wetgeving, zo min mogelijk zouden moeten worden gebruikt en naar andere instrumenten zou moeten worden gezocht die niet een dergelijk karakter hebben. Het vertrekpunt van een bestuurlijk-juridische benadering, is echter dat in een democratische rechtsstaat bepaalde juridische waarborgen aanwezig moeten zijn. Zo is het bijvoorbeeld van belang dat in ieder geval voor belastend overheidsingrijpen een wettelijke grondslag aanwezig is.³⁸

Hierbij moet worden opgemerkt dat sturende wetgeving vele verschijningsvormen kent en in het ene geval veel ingrijpender is dan in het andere. Zo is het gebod een bepaald tarief te hanteren veel ingrijpender dan het verbod een onredelijk tarief te hanteren. Het is daarom moeilijk uitspraken te doen over de mate van marktverstoring door het instrument wetgeving

³⁵ Zie voor de definitie van instrumenten paragraaf 4.1.1.

³⁶ Zie paragraaf 4.2.7.

³⁷ De Bruijn & Dicke 2003, p. 474-493.

³⁸ Zie paragraaf 4.2.2.

als zodanig. In ieder geval geldt dat hoe meer van concurrentie wordt verwacht, des te minder van sturende wetgeving op detailniveau eerder sprake zou moeten zijn.

Rekening moet bovendien worden gehouden met de verschillende concurrentiemodaliteiten waarvoor de wetgever een keuze kan hebben gemaakt. In het vorige hoofdstuk bleek dat de keuze bestaat uit concurrentie tussen marktsegmenten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt, een prestatievergelijking met afrekenmechanisme en tot slot de mogelijkheid om geen concurrentie te introduceren (eventueel door middel van een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme). In het algemeen kan worden gezegd dat bij een vérgaande mate van concurrentie sturende wetgeving minder gedetailleerd zou moeten zijn, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam.

Sturende wetgeving speelt niet binnen elk van deze modaliteiten eenzelfde rol. Bij concurrentie tussen marktsegmenten is het van belang dat er weinig eerder sprake is van overheidsingrijpen. De concurrentie is daar het middel om publieke belangen te bereiken en overheidsingrijpen heeft daarbij doorgaans een averechts effect omdat het marktverstorend werkt. Om deze reden zal van alle instrumenten die worden ingezet – hetgeen er zo min mogelijk zijn – het grootste deel bestaan uit algemene regels.

Bij concurrentie op de markt geldt in zekere mate hetzelfde als bij concurrentie tussen marktsegmenten. In de consumentenmarkt kan veel met algemene regels worden gewerkt. Wel is er bij concurrentie op de markt extra overheidsingrijpen noodzakelijk omdat moet worden afgedwongen dat derden toegang krijgen tot de markt van de eigenaar van de betrokken infrastructuur.

Bij concurrentie om de markt ligt het voor de hand dat er in een wet in formele zin een basis wordt neergelegd. Naast de constituerende wetgeving die een instrument in het leven roept aan de hand waarvan concurrentie om de markt gestalte kan krijgen, kan een aantal algemene normen worden vastgelegd. Voorts kan gesteld worden dat het bestuursorgaan dat bevoegd is concurrentie om de markt te organiseren hieraan nadere voorwaarden kan verbinden en nadere regels kan stellen. Omdat de concurrentie in dit geval geen continu proces is, maar periodiek plaatsvindt en de betrokken onderneming daarmee een tijdelijk monopolie verkrijgt, is de behoefte aan detailnormering in dit geval veel groter dan wanneer eerder sprake is van een proces van voortdurende concurrentie. Het ligt dan meer voor de hand om de detailnormering te verbinden aan het betrokken instrument.

Bij het toepassen van de prestatievergelijking is van belang dat de hoofdlijnen van het systeem aan de hand waarvan de vergelijking plaatsvindt wettelijk worden vastgelegd. Hierbij gaat het echter om constituerende regelgeving. De belangrijkste algemene regels zijn de verplichtingen om bepaalde gegevens beschikbaar te stellen en normen terzake van prijs en kwaliteit. Ook andere publieke belangen zullen in dit systeem met sturende wetgeving kunnen worden geborgd. Daarnaast zal in een sector waarin de prestatievergelijking plaatsvindt, doorgaans een grotere behoefte bestaan aan detailnormen omdat ook hier eerder sprake is van een monopolie, zij het permanent.

De concurrentiemodaliteit is niet de enige factor die de doorslag geeft bij de keuze die de wetgever maakt. Ook de zwaarwegendheid van de betrokken publieke belangen is van belang tezamen met de mate van gewenste politieke invloed die op de nutssector zou moeten bestaan.

4.2.6 Niveau van sturende wetgeving

Als sturende wetgeving wordt gecreëerd, moet worden bepaald op welk niveau zij het best tot stand kan worden gebracht, hoe gedetailleerd zij moet zijn en wie haar het best kan vaststellen. Het hoogste niveau, vanuit het perspectief van de nationale wetgever, is de wet in formele zin. Dan volgen de algemene maatregel van bestuur, de ministeriële regeling en het niveau van de toezichthouder en van een decentraal bestuursorgaan.

Doorgaans worden in de bestuursrechtelijke literatuur voornamelijk twee redenen gegeven voor decentralisatie. Ten eerste kan het democratiebeginsel als onderdeel van de beginselen van de democratische rechtsstaat worden genoemd. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat een gemeentelijke verordening democratischer is dan een wet in formele zin, daar de schaal van democratie kleiner is en de representatie dus beter.³⁹ Verder wordt het 'staatsrechtelijk subsidiariteitsbeginsel' door Konijnenbelt genoemd in zijn oratie.⁴⁰ Hierbij wordt ervan uitgegaan dat alles wat decentraal geregeld kan worden dat ook moet worden. Een andere reden om bepaalde aspecten op een lager niveau van wetgeving te regelen, kan zijn om daarmee een zekere flexibiliteit te bewerkstelligen. Zo is wetgeving op een lager niveau vaak sneller te wijzigen dan een wet in formele zin. Dit geldt zowel voor decentrale wetgeving, maar ook voor wetgeving op centraal niveau maar door een ander orgaan dan de wetgever in formele zin vastgesteld, zoals de Kroon, een minister of een marktautoriteit.

De wet in formele zin is het meest tijdrovend om te wijzigen. Regels die naar verwachting binnen afzienbare tijd wijziging behoeven, kunnen daarom ook beter op een lager niveau worden geregeld. In bepaalde gevallen kan de wetgever in formele zin een aantal belangrijke algemene normen vastleggen en een aantal specifieke normen, waarvoor lokale, regionale of sectorspecifieke kennis noodzakelijk is, aan bestuursorganen overlaten.

Met het oog op de gewenste flexibiliteit van instrumenten die worden toegepast in dynamische markten zoals in sommige nutssectoren, is het wenselijk om wetgeving waar dat mogelijk is op een zo laag mogelijk bestuurlijk niveau vast te stellen. Dit is niet mogelijk bij algemene regels die zich tot een groot aantal marktpartijen richten. Als het gaat om regels waar veel technische en sectorspecifieke kennis voor nodig is, is het van belang dat deze regels door een marktautoriteit worden vastgesteld die over deze specifieke kennis beschikt.⁴¹ Ook wanneer regels moeten worden aangepast op de lokale of regionale situatie, moeten deze door een lager bestuursorgaan worden vastgesteld.

In de Wet personenvervoer 2000 is vastgelegd dat bepaalde onderwerpen in de concessie moeten worden geregeld. Het wordt aan de vervoersautoriteiten, die de concessie verlenen, overgelaten hoe deze punten precies worden ingevuld en welke eisen er voorts worden gesteld. De vervoersautoriteiten stellen uiteindelijk zeer specifieke eisen op ten aanzien van de frequentie en routes van bussen en trams.

4.2.7 Sturende wetgeving door marktautoriteit

Vaak heeft een (specifieke) marktautoriteit⁴² vanwege haar taken en kennis veel meer en veel

³⁹ Zijlstra, Bax & Munneke 2008, p. 85.

⁴⁰ Konijnenbelt 1995, p. 26.

⁴¹ Over de vraag of marktautoriteiten algemene regels zouden moeten kunnen vaststellen, zie paragraaf 4.2.7.

⁴² Hierna worden afhankelijk van de aangehaalde auteur de termen toezichthouder en mededingingstoezichthouder door elkaar gebruikt. In alle gevallen wordt hiermee marktautoriteit bedoeld.

eerder zicht op ontwikkelingen in de markt dan de wetgever of de minister en is het opportuun om bepaalde normering aan haar over te laten.⁴³ Op deze manier kunnen bepaalde regels zo dicht mogelijk bij de betrokken sector worden vastgesteld. De keerzijde van het vaststellen van regels dichtbij de sector is het gevaar van *regulatory capture*.⁴⁴ Dit, reeds door Posner ontwikkelde concept, houdt kort gezegd in dat de marktautoriteit zich onvoldoende onafhankelijk opstelt en zich in haar beleid laat leiden door de gereguleerden, in de praktijk door (grote) ondernemingen. Om *regulatory capture* te voorkomen is het van belang om essentiële beleidskeuzes en algemene regels op een hoger niveau te maken en vast te stellen.

Het komt in de praktijk niet veel voor dat marktautoriteiten de bevoegdheid hebben om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Wel zijn zij bevoegd om beleidsregels vast te stellen om hun eigen bevoegdheden in te vullen.⁴⁵ Voorbeelden van marktautoriteiten die beschikken over de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, zijn De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten.⁴⁶

Juist bij het vaststellen van wetgeving door marktautoriteiten, die zelfstandige bestuursorganen zijn, rijzen er knelpunten. Met 'zelfstandig' in deze zin wordt bedoeld dat de marktautoriteit onafhankelijk is van de politiek hetgeen (onder meer) inhoudt dat de betrokken minister uitsluitend bevoegd is om algemene aanwijzingen te geven (dus niet in specifieke gevallen) en doorgaans slechts kan ingrijpen bij ernstige taakverwaarlozing.⁴⁷ Marktautoriteiten zijn dus slechts beperkt hiërarchisch ondergeschikt aan de minister.

Voor de wetgever zelf geldt hier als uitgangspunt dat aan een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend regelgevende bevoegdheden worden toegekend voorzover het organisatorische of technische onderwerpen betreft of in bijzondere gevallen mits is voorzien in de goedkeuring van de minister.⁴⁸ Dit is een uitdrukking van het democratiebeginsel. Het is van belang dat algemene regels worden vastgesteld door de wetgever of in ieder geval onder politieke verantwoordelijkheid.

Het legaliteitsbeginsel houdt in ieder geval in dat bepaald overheidsingrijpen moet steunen op een wettelijke grondslag, zoals wij hiervoor zagen.⁴⁹ Daaraan wordt door sommigen de conclusie verbonden dat het vaststellen van regelgeving niet aan een onafhankelijke marktautoriteit kan worden opgedragen. Ottow betoogt in haar preadvies dat deze laatste stelling kan worden gerelativeerd. Zij is van mening dat het toekennen van regelgevende bevoegdheden aan een zelfstandig bestuursorgaan door de wetgever niets te maken heeft met het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel komt pas in het gedrang wanneer door een zelfstandig bestuursorgaan bevoegdheden worden uitgeoefend die aan hem niet zijn toegekend, aldus Ottow.⁵⁰ Mijns inziens is dit een juiste interpretatie van het legaliteitsbeginsel.

Ottow stelt terecht dat het legaliteitsbeginsel op zichzelf niet in de weg hoeft te staan aan het bij de wet toekennen van de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen aan een marktautoriteit. Er zijn echter andere beginselen die op gespannen voet staan met het toekennen van deze bevoegdheid aan een marktautoriteit. Het overlaten

⁴³ Zie over marktautoriteiten paragraaf 3.6.2.4.

⁴⁴ Posner 1974, p. 335-358.

⁴⁵ Art. 4:81 lid 1 Awb.

⁴⁶ Zie Verhey & Verheij 2005, p. 209.

⁴⁷ Voor de NMa (Energiekamer en Vervoerkamer) zie artt. 5d en 5f Mw, voor OPTA zie artt. 19 en 23 Wet OPTA.

⁴⁸ Art. 124 f Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁴⁹ Zie paragraaf 4.2.3.

⁵⁰ Ottow 2004, p. 154-156.

van regelstelling aan marktautoriteiten kent grenzen, aangezien het niet strookt met het democratiebeginsel om het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften over te laten aan marktautoriteiten die niet onder politieke verantwoordelijkheid functioneren. Dit heeft weliswaar niet rechtstreeks met het legaliteitsbeginsel te maken maar is wel van groot belang in de democratische rechtsstaat.

Ottow bepleit verder een extensieve interpretatie van de bevoegdheden van de onafhankelijke toezichthouder (in casu OPTA) om het doel van het marktordeningsrecht, de totstandkoming van concurrentie, te bevorderen. Zij stelt dat een te formalistische opvatting over de toepassing van het legaliteitsbeginsel en een te enge interpretatie van de wettelijke bepalingen leiden tot een frustratie van het centrale doel van de telecomunicatiewetgeving: de totstandkoming van concurrentie.⁵¹ Evenals de Ru ben ik van mening dat de opvatting dat bevoegdheden extensief zouden moeten worden geïnterpreteerd, in de weg staat aan het legaliteitsbeginsel.⁵² Dit is het geval als zodanig extensief wordt geïnterpreteerd dat de toezichthouder algemeen verbindende voorschriften mag vaststellen waar die bevoegdheid niet uitdrukkelijk is toegekend.

Verheij en Verhey komen tot de conclusie dat er weinig materieel verschil bestaat tussen het vaststellen van beleidsregels en van algemeen verbindende voorschriften. Zij achten het niet erg consequent om regelgevende bevoegdheden voor marktautoriteiten zonder meer uit te sluiten en anderzijds in de wet ruim geformuleerde bestuursbevoegdheden toe te kennen die de marktautoriteit door middel van beleidsregels moet invullen. Wel stellen, aldus Verhey en Verheij, de beginselen van democratie, legaliteit en machtscheiding bepaalde grenzen. Het gaat hier allereerst om de aard van de wettelijke voorschriften. De essentiële beleidskeuzes moeten door de wetgever worden gemaakt. Verder moeten er *checks and balances* zijn waardoor regels van marktautoriteiten kunnen worden gecorrigeerd. Hierbij denken zij aan het recht van de minister om algemene regels uitgevaardigd door marktautoriteiten te kunnen vernietigen wegens strijd met het recht of het algemeen belang.⁵³

Hoewel ik kan meegaan in de stelling dat in de praktijk het materieel verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften klein of nihil kan zijn, is dit nog geen reden om vervolgens geen bezwaar te hebben tegen het toekennen van regelgevende bevoegdheden aan marktautoriteiten. Het gaat, aldus Zijlstra, hier immers om de vraag hoeveel beleids- en beoordelingsruimtes men de marktautoriteiten wil geven.⁵⁴ Het is van belang te bezien of het toekennen van dergelijke ruime bestuursbevoegdheden waarvoor beleidsregels worden vastgesteld onder beperkte politieke verantwoordelijkheid wel in lijn is met het democratie- en legaliteitsbeginsel, zoals ook Verheij en Verhey stellen.

Lavrijssen is van mening dat het democratiebeginsel en de beginselen van de rechtsstaat zich niet verzetten tegen de toekenning van regelgevende bevoegdheden aan de onafhankelijke mededingings-toezichthouders, mits zij aan adequate *checks and balances* worden onderworpen. Zij pleit ervoor om beroep bij de bestuursrechter (in het bijzonder het CBB) open te stellen tegen algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door mededingingstoezichthouders.⁵⁵

Van deze twee oplossingen in de vorm van *checks and balances* voor het gebrek aan democratische legitimatie van de door de marktautoriteit vastgestelde regels, is de benade-

⁵¹ Ottow 2004, p. 154-156.

⁵² Van der Meulen & Ottow 2004, p. 12-18.

⁵³ Verhey & Verheij 2005, p. 212.

⁵⁴ Bartel e.a. 2005, p. 89-90.

⁵⁵ Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 506.

ring van Verhey & Verheij naar mijn mening het meest vruchtbaar. De door Lavrijssen gekozen oplossing om beroep bij de bestuursrechter open te stellen tegen algemeen verbindende voorschriften van marktautoriteiten, lost in feite het probleem van de democratische legitiematie immers niet op, maar verplaatst de verantwoordelijkheid naar de rechter. De oplossing van Verhey & Verheij om de betrokken minister het recht te geven om algemene regels van marktautoriteiten te kunnen vernietigen, maakt, indien noodzakelijk, het ingrijpen via het democratische proces mogelijk. Bovendien leidt een beroep op de rechter voor alle voorschriften die door marktautoriteiten worden vastgesteld tot een exceptieve belasting van de rechterlijke macht. Gewaakt moet echter wel worden voor het gevaar dat de democratische organen te dicht op de huid van de marktautoriteiten gaan opereren. Dit gevaar is gelegen in de tegenhanger van *regulatory capture*, te weten *political capture*. Waar de politieke organen kunnen worden gezien als integrale afwegers, zijn de marktautoriteiten bij uitstek afwegers van slechts bepaalde belangen, zodat politiek opportunisme wordt vermeden.

4.2.8 Slotsom

Wetgeving speelt een prominente rol bij de liberalisering van nutssectoren. Doorgaans vindt er zowel deregulering als herregulering plaats. In en op grond van wetgeving wordt verankerd welke bevoegdheden aan welk bestuursorgaan worden toegekend en aan welke plichten marktpartijen zich hebben te houden. Veel van deze regels worden in lagere wetgeving uitgewerkt (gelede normstelling).

In deze studie is een drietal functies van regelgeving onderscheiden om te kunnen afbakenen welke wetgeving als een instrument moet worden beschouwd. Dit zijn de kaderstellende functie, de constituerende functie en de sturende functie. Sturende wetgeving is een instrument om min of meer rechtstreeks publieke belangen te borgen. Deze wetgeving kan op verschillende niveau's voorkomen. Het kan gaan om regels in nationale wetgeving die de omzetting vormen van een EG-richtlijn, om een algemene maatregel van bestuur, een ministeriële regeling, algemeen verbindende voorschriften afkomstig van een marktautoriteit of van regionale en decentrale bestuursorganen.

Sturende wetgeving is een publiekrechtelijk instrument dat door het stellen van ge- en verboden eenzijdig behartiging van een publiek belang oplegt. Dit instrument vervult een ontwerpfunctie. Er zijn instrumenten nodig met een controle- en correctiefunctie om naleving van deze ge- en verboden te bevorderen.

Publieke belangen zijn veranderlijk in de tijd en moeten tegen elkaar worden afgewogen, zo bleek in het voorgaande hoofdstuk. Om die reden is het gunstig als een instrument een zekere flexibiliteit bezit om zich daaraan aan te passen. Wetgeving is, in het algemeen, niet eenvoudig en snel te wijzigen, hoewel geldt dat op een lager niveau de regels steeds makkelijker gewijzigd kunnen worden. Het gebruiken van sturende wetgeving op een hoog niveau als instrument om publieke belangen te borgen staat daarom op gespannen voet met de aard van publieke belangen.

Wetgeving is bovendien een sterk hiërarchisch instrument omdat het wordt opgelegd. Dit kan op gereguleerde markten als ongewenst effect hebben dat marktpartijen strategisch gedrag gaan vertonen en een juridificatie van de relatie tussen marktpartijen en overheid tot gevolg hebben. Het is daarom van belang bij de keuze voor regulering na te gaan of er minder versturende instrumenten voorhanden zijn om het publieke belang in kwestie te borgen.

Er moet echter ook voldaan worden aan bepaalde juridische waarborgen. Het stellen van algemene regels biedt doorgaans rechtszekerheid aan de betrokkenen. Bovendien is een

zwaarwegend argument voor het gebruiken van algemene regels de democratische legitimatie ervan.

Daarnaast is van belang voor welke concurrentiemodaliteit is gekozen. Er is bij alle concurrentiemodaliteiten behoefte aan sturende wetgeving. Dit kan variëren van het uitsluitend stellen van regels inzake de minimale kwaliteit van een product of dienst tot het regelen van elke fase in een productie- en distributieproces. Het ligt voor de hand dat hoe meer eerder sprake er is van rechtstreekse concurrentie (concurrentie tussen ondernemingen), hoe minder behoefte er zal zijn aan regulering en dientengevolge ook aan algemene regels. Anderzijds is het juist zo dat hoe meer concurrentie en hoe minder overheidsingrijpen, hoe meer het accent wel zal komen te liggen op algemene regels. Hiermee bedoel ik dat hoewel het overheidsingrijpen dan relatief beperkt is, een groot deel daarvan zal bestaan uit het vaststellen van algemene regels.

Sturende wetgeving stelt de overheid in staat om vergaand in te grijpen in de samenleving en biedt haar derhalve grip. Daarbij komt dat sturende wetgeving doorgaans onder politieke verantwoordelijkheid tot stand komt, hetgeen betekent dat de volksvertegenwoordiging hierop invloed kan uitoefenen. Een uitzondering op dit punt is het vaststellen van sturende wetgeving door marktautoriteiten, die onder beperkte politieke verantwoordelijkheid functioneren. Hier wordt een voorkeur uitgesproken voor de door Verheij en Verhey gekozen oplossing om de betrokken minister de bevoegdheid te verlenen een dergelijk besluit van een marktautoriteit te vernietigen.

De mate van ingrijpendheid van sturende wetgeving en het daarmee samenhangende concurrentieverstorende effect ervan hangt af van de inhoud van de normen en hierover kan niet in zijn algemeenheid een uitspraak worden gedaan. Wel kan in het algemeen worden gesteld dat hoe meer ruimte zou moeten bestaan voor concurrentie, hoe minder er plaats is voor detailwetgeving.

Als wordt gekozen voor de inzet van dit instrument, zal zorgvuldig moeten worden afgewogen op welk niveau vaststelling van wetgeving het best kan plaatsvinden en welke mate van detail is vereist. Hierbij is van belang dat essentiële beleidskeuzes op het hoogste niveau worden gemaakt om *regulatory capture* te voorkomen, maar dat maatwerk op een niveau zo dicht mogelijk bij de markt plaatsvindt. Hiertoe zouden marktautoriteiten onder omstandigheden over regelgevende bevoegdheden moeten kunnen beschikken. Het toekennen van deze bevoegdheid aan een zelfstandig bestuursorgaan hoeft niet in strijd te komen met beginselen van democratie en machtscheiding, zolang adequate *checks and balances* worden ingebouwd. Een voorkeur geniet hierbij het vernietigingsrecht van de minister wanneer algemene regels van marktautoriteiten in strijd komen met het recht of het algemeen belang.

Sturende wetgeving bleek in alle concurrentiemodaliteiten te kunnen worden ingezet, maar niet overal dezelfde rol te spelen. Bij rechtstreekse concurrentie tussen ondernemingen is het van belang dat er niet teveel eerder sprake is van overheidsingrijpen en daarmee van detailregulering zodat de concurrentie tot stand kan komen. Wel kunnen normen in sturende wetgeving als randvoorwaarden dienen. Dit geldt voor concurrentie tussen marktsegmenten en voor concurrentie op de markt waar het de levering betreft. Wat het transport betreft bij concurrentie op de markt is meer behoefte aan normen in sturende wetgeving omdat de toegang tot de infrastructuur moet worden afgedwongen. Bij concurrentie om de markt, is het van belang dat in constituerende wetgeving een instrument wordt gecreëerd waarmee concurrentie om de markt kan worden vormgegeven. Hierbij zal zowel behoefte aan algemene normen kunnen bestaan als het verbinden van detailnormen aan het concrete instrument. Omdat de concurrentie in dit geval geen continu proces is maar eens in bepaalde tijd plaats-

vindt en de betrokken onderneming daarmee een tijdelijk monopolie, verkrijgt, is de behoefte aan detailnormering in dit geval veel groter dan wanneer eerder sprake is van een proces van voortdurende concurrentie. De belangrijkste algemene regels bij de keuze voor een prestatievergelijking zijn de verplichtingen om informatie te verschaffen. Daarnaast zal in een sector waarin de prestatievergelijking plaatsvindt, doorgaans een grotere behoefte bestaan aan detailnormen omdat ook hier eerder sprake is van een monopolie, zij het permanent.

Al met al kan worden geconcludeerd dat sturende wetgeving een ingrijpend instrument is dat een hiërarchisch karakter kent. De mate van ingrijpendheid van de wetgeving kan echter verschillen en hangt af van de inhoud ervan. Dit hangt weer samen met de mate van detail. Het is van belang dat wordt gezien of sturende wetgeving in een bepaald geval noodzakelijk is en hoe gedetailleerd het betrokken gedrag moet worden voorgeschreven. Detailregels passen niet in een situatie waarin rechtstreekse concurrentie tussen ondernemingen wordt beoogd. Concurrentie heeft een zekere mate van flexibiliteit nodig en detailregelgeving, naar haar aard star, frustreert deze flexibiliteit. Waar geen keuze is gemaakt voor rechtstreekse concurrentie bestaat minder bezwaar tegen het hanteren van detailwetgeving.

4.3 Tariefregulering

4.3.1 Inleiding

Een van de oudste bekende vormen van prijsregulering door de overheid is de verplichting die aan herbergiers werd opgelegd hun prijzen vooraf te publiceren, zodat er bij nacht en ontij geen misbruik kon worden gemaakt van verkleumde reizigers.⁵⁶ Het vaststellen van tarieven is geen overheidsprerogatief. Doorgaans wordt ook in volledig private verhoudingen gesproken over tarieven. In deze paragraaf wordt met tarieven bedoeld op prijzen die tot stand komen met en zonder overheidsbemoeienis. Dit houdt verband met het feit dat een van de oogmerken van liberalisering, het introduceren van concurrentieprikkels, in beginsel is dat de prijzen in nutssectoren met (steeds) minder overheidsbemoeienis tot stand komen. De begrippen tarieven en prijzen worden hier door elkaar gebruikt. Als tarieven tot stand komen mét overheidsbemoeienis wordt gesproken van gereguleerde tarieven.

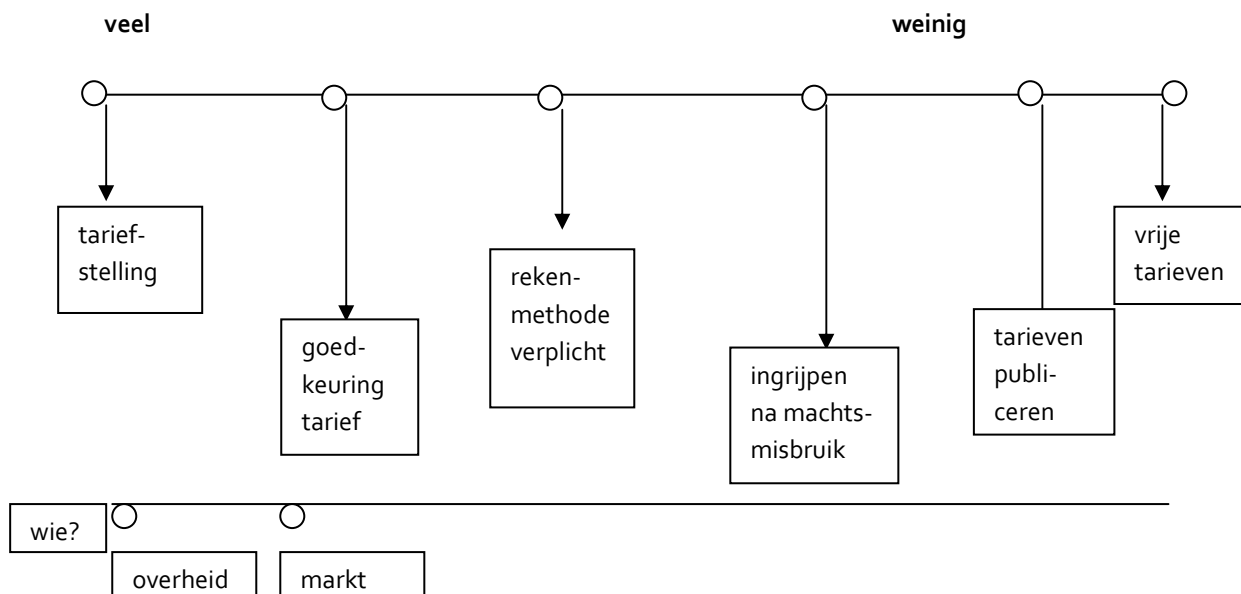
Het van overheidswege beïnvloeden van de prijs die voor een product of dienst wordt gevraagd, is een ingrijpende bevoegdheid. Door het reguleren van tarieven wordt ingegrepen in de vrijheden en eigendom van particulieren. Gelet op het legaliteitsbeginsel dient er daarom een wettelijke grondslag te zijn om tarieven te reguleren.⁵⁷ De bevoegdheid om tarieven te reguleren, kan op grond van de wet worden toegekend aan de minister of aan een markt-autoriteit. Voorts kan deze bevoegdheid door bestuursorganen van overheden worden uitgeoefend op grond van de wet of uit hoofde van hun aandeelhouderschap (vastgelegd in de statuten).

Tariefregulering kan verschillende vormen aannemen. Hier laat zich een spectrum denken waarin de mate van overheidsbemoeienis sterk verschilt. Het ene uiterste van het spectrum is dat een bestuursorgaan de tarieven van bepaalde goederen of diensten van te voren vaststelt. Het andere uiterste is dat ondernemingen volledig vrij zijn om hun tarieven te bepalen. Tussen deze twee uitersten bevindt zich nog een aantal vormen, zoals de verplichting een bepaalde rekenmethode te hanteren bij het bepalen van de eigen tarieven of de verplichting eerlijke, transparante en niet-discriminerende tarieven te hanteren (zie afb. 4.3). In deel II zullen de in de betrokken sectoren gehanteerde vormen van tariefregulering aan de orde komen. Hier zal meer in het algemeen worden ingegaan op tariefregulering.

⁵⁶ De Ru 2003, p. 1.

⁵⁷ Zie over het legaliteitsbeginsel en instrumenten paragraaf 4.2.2.

Fig. 4.2 Mate van overheidsbemoeienis bij vaststelling tarieven



In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord welke rol tariefregulering kan spelen om publieke belangen te borgen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om deze vraag te beantwoorden is het van belang te weten waarom tariefregulering wordt toegepast en welke mogelijke vormen van tariefregulering er zijn. Vervolgens is de aard van dit instrument van belang om te kunnen beoordelen in hoeverre het kan worden ingezet bij toepassing van bepaalde concurrentiemodaliteiten.

Hierna worden eerst de motieven besproken die de wetgever heeft om tarieven te reguleren (4.3.2), waarna wordt ingegaan op de aard van het instrument tariefregulering (4.3.3). Daarna worden systemen van tariefregulering besproken waarbij eerst wordt ingegaan op algemene tariefregulering, die ziet op alle sectoren, en vervolgens op sectorspecifieke tariefregulering, die is gericht op een bepaalde sector (4.3.4). Na de bespreking van tariefregulering en concurrentie (4.3.5) wordt gekomen tot de slotsom van deze paragraaf (4.3.6).

4.3.2 Motieven

In beginsel komen prijzen tot stand via het marktmechanisme en als daarvoor geen noodzaak aanwezig is, heeft de overheid er in het algemeen geen bemoeienis mee. Er zijn verschillende motieven voor de overheid om over te gaan tot tariefregulering in netwerksectoren. Deze motieven hangen samen met het borgen van publieke belangen. In welke gevallen komen publieke belangen onvoldoende tot hun recht zodat overheidsingrijpen in de tarieven gerechtvaardigd is? De publieke belangen in nutssectoren die rechtstreeks verband houden met het reguleren van tarieven, zijn de bescherming van de gebonden consument en de universele dienstverlening.

Een monopolist kan zonder regulering eenzijdig (onder meer) het gehanteerde tarief bepalen. De gebonden consument kan worden beschermd tegenover deze machtige monopolist door diens tarieven te reguleren. Door hierbij te bepalen dat de tarieven redelijk en in

het hele land min of meer gelijk zijn, wordt het publieke belang van universele dienstverlening gediend.⁵⁸

Een eerste – economisch – motief voor regulering van de tarieven, is het bestaan van marktfalen, in het bijzonder in de vorm van marktmacht oftewel monopolievorming. In sommige sectoren met één fysieke infrastructuur is het de meest efficiënte oplossing om één aanbieder, tevens eigenaar van de infrastructuur, de goederen of diensten te laten verzorgen. Dit komt doordat de infrastructuur niet economisch zinvol gedupliceerd kan worden. De maatschappelijke kosten zijn daarom het laagst wanneer er maar één aanbieder is. In de economie wordt in deze situatie wel gesproken van een ‘natuurlijk monopolie’ (3.3.4.4).⁵⁹ De monopoliepositie van de aanbieder heeft tot gevolg dat de consument niet kan overstappen naar een andere aanbieder en het goed in kwestie niet of heel moeilijk substitueerbaar is (in economische termen: het heeft een lage prijselasticiteit). Omdat de monopolist geen prikkels krijgt om efficiënt te werken door het gebrek aan concurrentie, kan hij zich in de vaststelling van zijn prijzen onafhankelijk gedragen. Dit leidt tot te hoge prijzen en zodoende acht men overheidsingrijpen gerechtvaardigd.

Als nutssectoren zich in de overgangsfase bevinden van een overheidsbedrijf naar een geliberaliseerde en geprivatiseerde sector is er vanwege de positie van de voormalige monopolist (*incumbent*) en het geven van kansen aan nieuwe toetreders vaak behoefte aan onder andere (soms tijdelijke) tariefregulering.

Dit probleem doet zich in het bijzonder voelen bij een essentieel goed, omdat de consument dan afhankelijk is van het goed voor zijn (eerste) levensbehoefte. Het gegeven dat de consument voor een essentieel goed geen alternatief heeft, versterkt de rechtvaardiging van regulering. Het is algemeen geaccepteerd dat bijvoorbeeld elektriciteit en drinkwater dit soort essentiële goederen zijn in onze huidige samenleving. De gedachte is dat de gebonden consument in dit soort gevallen beschermd moet worden tegen te hoge prijzen. Dit kan worden opgelost door in te grijpen in de tarieven.

Een tweede – niet-economisch – motief om in te grijpen in de tarieven, is het publieke belang van universele dienstverlening (UDV). De (Europese) politiek is van oordeel dat bepaalde goederen en diensten van algemeen economisch belang zijn.⁶⁰ Dit zijn onder meer goederen en diensten die worden geleverd in nutssectoren.⁶¹ Deze diensten zouden voor alle consumenten tegen min of meer gelijke prijzen beschikbaar moeten zijn. In bepaalde gevallen lopen de werkelijke kosten van het leveren van goederen en diensten aan verschillende consumenten echter uiteen. In de literatuur komt men regelmatig ‘de weduwe uit Appelscha’ tegen.⁶² Zij staat model voor een consument die de aanbieder relatief veel kost en weinig oplevert. Om te voorkomen dat de kosten voor de consumenten uiteenlopen kan een bepaald niveau van onderlinge solidariteit van overheidswege worden opgelegd. Eén mogelijke manier om onderlinge solidariteit te bewerkstelligen is door tarieven te reguleren.

⁵⁸ Over universele dienstenverlening zie paragraaf 2.2.5.

⁵⁹ Ogus 1994, p. 30.

⁶⁰ Groenboek over diensten van algemeen belang (COM/2003/0270, par. 32, p. 1).

⁶¹ Groenboek over diensten van algemeen belang (COM/2003/0270, par. 50-54). In de woorden van de Commissie: ‘grote netwerkindustrieën’.

⁶² Zie onder meer: Veraart 2002, p. 85, Devroe 2000, p. 82.

4.3.3 Tariefregulering: aard instrument

Tariefregulering is een eenzijdig van overheidswege opgelegde verplichting en stelt de overheid mogelijk in staat om stevige grip te houden op de prijzen in een sector. Van een tariefbeslissing is echter niet één juridische kwalificatie te geven. Dit instrument is niet goed te onderscheiden van andere in dit hoofdstuk behandelde instrumenten. Tariefregulering kan immers op zichzelf staan maar ook met behulp van verschillende andere juridische instrumenten worden vormgegeven. Ten eerste kan een tariefbeslissing door de overheid zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk zijn.⁶³ Verder kan tariefregulering ook door middel van andere (juridische) instrumenten plaatsvinden, zoals sturende wetgeving, de vergunning of publiek aandeelhouderschap.

Voor een belangrijk deel is tariefregulering in nutssectoren publiekrechtelijk georganiseerd. Het van overheidswege reguleren van tarieven is een belastende maatregel en daarom is, gelet op het – reeds besproken – legaliteitsbeginsel, hiervoor een wettelijke grondslag noodzakelijk. Gezien het rechtsgevolg en de publiekrechtelijke grondslag van de tariefbeslissing is deze laatste dan ook vaak een besluit in de zin van de Awb. Als het om een besluit gaat, is relevant tot wie het besluit is gericht en wat de inhoud van het besluit is, voor de vraag of het moeten worden gekwalificeerd als een algemeen verbindend voorschrift, een besluit van algemene (concretiserende) strekking of een beschikking. Deze kwalificatie van een tariefbesluit is van belang voor de vraag welke rechter bevoegd is er een oordeel over te geven en met welke mate van indringendheid de rechter gehouden is te toetsen.

In de sectorhoofdstukken van deze studie wordt dieper ingegaan op de kwalificatie van de verschillende tariefbesluiten. Hier wordt volstaan met twee voorbeelden om te illustreren hoe uiteenlopend de kwalificatie kan zijn.

Het is verboden elektriciteit te leveren aan consumenten (kleinverbruikers) zonder een leveringsvergunning. Een van de voorschriften die op grond van de Elektriciteitswet aan deze vergunning is verbonden, is dat de leverancier levert tegen redelijke tarieven.⁶⁴

Een voorbeeld van privaatrechtelijke tariefregulering vindt men in de drinkwatersector. Drinkwaterbedrijven zijn monopolisten. In de Drinkwaterwet is bepaald dat de aandeelhoudersvergadering de tarieven vaststelt. In dat geval worden de tarieven bepaald door middel van het instrument van publiek aandeelhouderschap.⁶⁵

In termen van de in de inleiding van dit hoofdstuk besproken functies van instrumenten kan tariefregulering zowel een ontwerpfunctie als een correctiefunctie vervullen. Het vervult een ontwerpfunctie bij de ex ante vaststelling van de tarieven door een bestuursorgaan of wanneer de regel geldt dat de tarieven moeten worden gepubliceerd. Als er ex post wordt ingegrepen, bijvoorbeeld met behulp van het mededingingsrecht in het geval van misbruik van machtspositie, vervult de tariefregulering een correctiefunctie.

⁶³ Zie voor de definitie van instrumenten paragraaf 4.1.2.

⁶⁴ Art. 95b E-wet.

⁶⁵ Art. 20 Dw.

4.3.4 Systemen van tariefregulering

4.3.4.1 Algemene tariefregulering

Algemene tariefregulering ziet niet op een bepaalde sector maar geldt in beginsel voor alle sectoren. Er zijn binnen dit systeem bevoegdheden vooraf en achteraf, oftewel ex ante en ex post voorhanden. Een algemene ex ante regeling voor tariefregulering is neergelegd in de Prijzenwet van 1961.⁶⁶ Op grond van deze wet kan de minister van Economische Zaken verbieden dat producten en diensten worden aangeboden tegen een hogere dan een door hem aan te geven prijs, gedurende een tijdvak van maximaal 6 maanden. Hij mag slechts gebruik maken van deze bevoegdheid als naar zijn oordeel eerder sprake is van een zodanig versnellende inflatie als gevolg van een zich plotseling voordoende noodsituatie van de nationale economie, veroorzaakt door een of meer schoksgewijs optredende partijen, - of indien er aanwijsbare omstandigheden zijn, op grond waarvan hij kan vermoeden dat een dergelijke versnellende inflatie zal ontstaan -, dat het nemen van een zodanige maatregel is vereist.⁶⁷ Deze bevoegdheid is derhalve bedoeld als een tijdelijke maatregel in geval van een economische noodsituatie. Er werden in de jaren zestig een aantal algemene en een aantal sectorale prijzenbeschikkingen genomen bijvoorbeeld ten aanzien van frisdranken, patates frites en doodskisten.⁶⁸ Van deze bevoegdheid is inmiddels al jaren geen gebruik meer gemaakt. Het werd ook duidelijk dat het vaststellen van een maximumprijs in strijd met artikel 28 VWEU een verboden maatregel van gelijke werking zou opleveren.⁶⁹

De laatste keer dat een 'prijzenstop' is afgekondigd was in april 1969 ten aanzien van alle roerende goederen en diensten. Deze stop gold na de invoering van de BTW per 1 januari 1969 aangezien de prijzen toen onevenredig bleken te stijgen. Verder golden er ter ondersteuning van de conjunctuur meer prijsbeschikkingen tussen 1969 en 1983.⁷⁰ Na de invoering van de euro is in 2002 door de Consumentenbond gevraagd om een prijzenstop. Toenmalig minister van Financiën Zalm, gaf aan dat er geen eerder sprake was van een noodsituatie.⁷¹

Op basis van de Prijzenwet is een algemene maatregel van bestuur vastgesteld over de verplichting tot het bekendmaken van prijzen en het specificeren van rekeningen.⁷² Op basis van dit besluit is een verkoper gehouden om bij aanbieding van een product de verkoopprijs en de prijs per meeteenheid aan te duiden.⁷³ Daarnaast bestaat de mogelijke toepassing van de in 1984 vastgestelde Prijzennoodwet.⁷⁴ Artikelen van deze wet, op grond waarvan de minister van EZ regels kan vaststellen, omtrent de beheersing van de prijzen van goederen en diensten, treden op voordracht van de minister-president in werking in geval buitengewone omstandigheden dit noodzakelijk maken.⁷⁵ Ook deze bevoegdheid wordt vrijwel nooit gebruikt.

⁶⁶ Stb. 1961, 135, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2006, 591.

⁶⁷ Art. 2 Prijzenwet.

⁶⁸ Zie hierover uitgebeid Mok 1971, p. 10 e.v.

⁶⁹ Kapteyn & VerLoren van Themaat 1970, p. 214.

⁷⁰ Fernhout & De Ru 1986, p. 81-82.

⁷¹ 'Consumentenbond wil deel prijzen bevriezen', *Algemeen Dagblad* 12 juni 2002.

⁷² Art. 2a Prijzenwet jº Besluit prijsaanduiding producten, Stb. 2003, 229.

⁷³ Art. 3 lid 1 Besluit prijsaanduiding producten.

⁷⁴ Stb. 1984, 575, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2003, 372.

⁷⁵ Artt. 3 jº 8 Prijzennoodwet.

Buiten deze twee wetten zijn er geen bevoegdheden toegekend aangaande het generiek ex ante reguleren van prijzen. Uit het voorgaande blijkt dat van generieke ex ante regulering van prijzen tegenwoordig slechts in zeer bijzondere omstandigheden gebruik wordt gemaakt en dat als het gebeurt het om tijdelijke maatregelen gaat.⁷⁶

Op grond van het mededingingsrecht bestaat daarnaast de bevoegdheid ex post in te grijpen in bepaalde prijzen. In het VWEU wordt bepaald dat misbruik van machtspositie strafbaar is en wordt als voorbeeld van misbruik genoemd het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- en verkoopprijzen.⁷⁷ Het Hof van Justitie heeft in 1976 bepaald dat het hanteren van excessieve prijzen misbruik van een machtspositie kan opleveren. Het Hof stelde dat 'het toepassen van een te hoge prijs, die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie (...), misbruik van een machtspositie [kan] zijn; het buitensporige karakter van die prijs kan onder meer objectief worden vastgesteld door de verkoopprijs van het produkt te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen.'⁷⁸ Ook het toepassen van te lage prijzen of ongelijke prijzen in gelijke omstandigheden kan misbruik van een machtspositie opleveren.⁷⁹ De bevoegdheid om het verbod van misbruik van machtspositie te handhaven berust bij de Commissie, de NMa, het Hof van Justitie en de nationale rechter.

De raad van bestuur van de NMa is op grond van de Mededingingswet bevoegd om de naleving van het verbod van misbruik van machtspositie te handhaven. Dit kan hij doen door middel van het opleggen van een boete, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing tot naleving van de Mededingingswet.⁸⁰ Het gaat hier derhalve om ingrijpen ex post. De NMa verricht in de praktijk een zeer gedetailleerde en diepgaande toetsing om te beoordelen of eerder sprake is van excessieve prijzen. Ten eerste beoordeelt de NMa zelf de kosten zoals die worden berekend door de onderneming in kwestie. Vervolgens wordt gezien hoe deze vastgestelde kosten zich verhouden tot de omzet van de onderneming. De NMa betreft in zijn beslissing of het waarschijnlijk is dat deze rendementen ook in de toekomst zullen worden behaald.⁸¹ Een voorbeeld hiervan treffen we aan in de beslissingen van de NMa inzake de vermeende excessieve tarieven van Casema en UPC:

'(...) dat het buitensporige karakter van de prijs objectief wordt vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge te beoordelen. Beoordeeld dient te worden of er een al te grote disproportie bestaat tussen de kosten en de werkelijk gevraagde prijs. De NMa toetst of het gerealiseerde rendement duurzaam aanzienlijk hoger ligt dan de vermogenskostenvoet om te bepalen of eerder sprake kan zijn van misbruik in de vorm van excessieve tarieven in de zin van de Mededingingswet. Hiervoor dient de NMa de hoogte van de gerealiseerde rendementen te onderzoeken en deze te vergelijken met de vermogenskostenvoet. Indien de gerealiseerde rendementen duurzaam aanzienlijk hoger waren en het waarschijnlijk is dat deze rendementen ook in de toekomst kunnen worden behaald, kan eerder sprake zijn van excessieve tarieven in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet.'⁸²

Uiteindelijk leidde deze toetsing in dit voorbeeld tot de volgende conclusie:

⁷⁶ De Ru 2003, p. 6.

⁷⁷ Art. 102 sub a VWEU.

⁷⁸ HvJ EU 14 februari 1978, nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207, par. 9, 250 en 255 (*Chiquita bananen*). Zie ook: HvJ EU 4 mei 1988, nr. 30/87, *Jur.* 1988, p. 2479, par. 29-30 (*Bodson*).

⁷⁹ Steenberghe 2003, p. 36.

⁸⁰ Art. 56 Mw.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld: Besluiten NMa van 27 september 2005, nr. 3588/201 (*Casema*) en nr. 3528/199 (*UPC*).

⁸² Besluiten NMa van 27 september 2005, nr. 3588/201, par. 47 (*Casema*) en nr. 3528/199, par. 50 (*UPC*).

‘Uit het bovenstaande volgt dat er gedurende enkele jaren eerder sprake is van redelijk hoge tot hoge rendementen bij Casema. De NMa concludeert dat er geen eerder sprake is van rendementen die boven de vermogenskostenvoet lagen. Er bestond geen al te grote, duurzame disproportie tussen de kosten en de werkelijk gevraagde prijs. De NMa acht de tarieven voor de analoge RTV-pakketten van Casema gedurende de onderzoeksperiode om deze redenen niet excessief in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet.’

Deze toetsing van de NMa heeft in de literatuur kritiek opgeroepen.⁸³ Zo zou zij mogelijk tot een aanzienlijke verstarring leiden die de mededinging niet ten goede komt.⁸⁴ Verder wordt met betrekking tot dezelfde soort toetsing in andere zaken onder meer gesteld dat de NMa hiermee haar bevoegdheden overschrijdt door het vaststellen van normen en het beoordelen van een normatief rendement, en daarom niet goed in staat is om te beoordelen wat excessieve kosten zijn.⁸⁵

De NMa neemt in haar besluiten een afwachtende houding aan omdat OPTA beter zou zijn toegerust voor het reguleren van prijzen in deze sector en ook voornemens was om in te grijpen.⁸⁶ Dit was een van de redenen waarom de NMa niet verwachtte dat de tarieven in de toekomst duurzaam excessief zouden zijn. Het wordt door de NMa wenselijker geacht als het reguleren van prijzen aan sectorspecifieke marktautoriteiten wordt overgelaten (meer over sectorspecifieke tariefregulering in 4.3.4.2).

Een ander voorbeeld is het onderzoek van de NMa naar de hoogte van aardgasprijzen op de Nederlandse groothandelsmarkt, onder meer naar aanleiding van klachten van tuinbouworganisaties over de hoogte van de tarieven van GasTerra. Hiermee zou GasTerra haar economische machtspositie misbruiken. De NMa concludeerde dat er in de onderzochte periode geen sprake was van excessieve prijzen in mededingingsrechtelijke zin.⁸⁷

4.3.4.2 Sectorspecifieke tariefregulering

Sectorspecifieke tariefregulering is gericht op een bepaalde sector. Voor de betrokken sector wordt een systeem ontworpen aan de hand waarvan de tarieven worden gereguleerd. Sectorspecifieke tariefregulering komt veel voor in nutssectoren. Juist waar sprake is van een overgang van een monopolistische markt naar een concurrerende markt, is behoefte aan toezicht op de prijzen. De voormalige monopolist heeft aanvankelijk een sterkere positie dan nieuwe toetreders tot de markt. In de delen van de sector die een monopolie blijven, zoals de infrastructuur is indringender tarieftoezicht van belang. De bedoeling is veelal dat de tariefregulering in geliberaliseerde nutssectoren tijdelijk is en dat na verloop van tijd kan worden volstaan met algemene mededingingsregels en algemeen mededingingstoezicht. Dit moment doet zich voor als sprake is van een acceptabel niveau van concurrentie in de sector. Bij het openstellen van de infrastructuur van één eigenaar of beheerder voor meerdere leveranciers (con-

⁸³ Zie hierover: Langer 2006, p. 59-63.

⁸⁴ Steenberghe 2003, p. 36.

⁸⁵ Pijnacker Hordijk & De Vries 2002, p. 443-446.

⁸⁶ Besluit NMa van 27 september 2005, nr. 3588/20, par. 66-67 (*Casema*) en Ontwerpbesluit OPTA, *De markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen - verzorgingsgebied Casema*, 19 mei 2005, <www.opta.nl>.

⁸⁷ NMa onderzoeksrapport, *De NMa en het onderzoek naar prijzen op de Nederlandse gasmarkt*, 2008, p. 6, <www.nmanet.nl>.

currentie op de markt) kan men zich afvragen of regulering van de tarieven die de eigenaar in rekening brengt, ooit overbodig zal worden.

In de elektriciteitssector wordt de tariefstructuur voor het transport van elektriciteit door de minister van EZ vastgesteld. De Energiekamer stelt de uiteindelijke tarieven op voorstel van de netbeheerders vast. De tarieven voor de levering van elektriciteit zijn in beginsel vrij, met dien verstande dat leveranciers op grond van hun vergunning verplicht zijn om aan kleinverbruikers redelijke tarieven in rekening te brengen. Hierop wordt toezicht gehouden door de Energiekamer.⁸⁸

Kenmerkend voor sectorspecifiek mededingingsrecht is dat ex ante verplichtingen worden opgelegd aan ondernemingen om de concurrentie te bevorderen of om misbruik van een machtspositie te voorkomen. Een voorbeeld van ex ante ingrijpen is het vooraf reguleren van tarieven.

Er zijn grofweg twee verschillende soorten tarieven die gereguleerd kunnen worden. Ten eerste kunnen de tarieven die door aanbieders van producten en diensten aan consumenten in rekening worden gebracht, worden gereguleerd. Ten tweede kunnen regels worden gesteld ten aanzien van tarieven die de eigenaren van infrastructuur in rekening brengen aan derden aan wie zij toegang tot hun netwerk moeten verlenen (*third party access*).⁸⁹

Het reguleren van de consumententarieven is erg belemmerend voor de concurrentie en daarom is het van belang van dit instrument alleen gebruik te maken als de verwachting is dat onvoldoende concurrentie van de grond zal komen. Deze vorm van regulering grijpt rechtstreeks in in de uiteindelijke prijs die voor een product of dienst wordt betaald en kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Zo kan deze vorm van tariefregulering wettelijk worden vastgelegd, in een vergunning of in een tariefbesluit.

Aan het reguleren van de groothandelstarieven ligt een geheel andere economische analyse ten grondslag. De verplichting om aan derden toegang te verlenen tot essentiële netwerken is gebaseerd op de uit het commune mededingingsrecht afkomstige *essential facilities*-doctrine. Deze doctrine, die in de Verenigde Staten ontstond,⁹⁰ houdt kort gezegd in dat aanbieders van goederen of diensten toegang kunnen krijgen tot de infrastructuur van andere (concurrerende) aanbieders, indien deze toegang essentieel is voor het kunnen leveren van de betrokken goederen of diensten.⁹¹ Door het Hof van Justitie van de EG is deze doctrine in het Bronner-arrest bevestigd.⁹²

In de elektriciteitssector worden de volgende opties gegeven. Om te bewerkstelligen dat concurrenten tegen redelijke tarieven toegang krijgen tot de infrastructuur van één eigenaar, om concurrentie op de markt te organiseren, kan de wetgever ervoor kiezen dat een bestuursorgaan de tarieven reguleert (*regulated third party access*) of een juridisch kader in het leven te roepen aan de hand waarvan partijen zelf de tarieven kunnen bepalen (*negotiated third party access*). In het laatstgenoemde systeem geldt bijvoorbeeld een publicatieverplichting ten aanzien van de tarieven en kan een marktautoriteit een eventueel geschil tussen partijen beslechten. Ten slotte kan ook worden gekozen voor het systeem van de exclusieve koper (*single buyer*). In dit systeem wordt aan één rechtspersoon de verantwoordelijkheid gegeven voor de gecentraliseerde aan- en verkoop van het goed in kwestie.⁹³

⁸⁸ Zie verder paragraaf 6.7.

⁸⁹ Zie over *third party access*, De Rijke 2004, p. 29-35.

⁹⁰ Hancher & Lugard 1999, p. 323.

⁹¹ Jones & Sufrin 2008, p. 537.

⁹² HvJ EU 26 november 1998, nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*).

⁹³ Deze opties worden aan de nationale wetgever gegeven in de Elektriciteitsrichtlijn (2003/54/EG).

Er zijn verschillende wijzen waarop tarieven kunnen worden gereguleerd. Ten eerste kan een tarief totstandkomen in een *negotiated environment*, door middel van onderhandelingen tussen aanbieders en afnemers. Deze onderhandelingen zijn dan onderworpen aan randvoorwaarden die worden gesteld door de overheid. Ten tweede kan een centrale autoriteit het tarief vaststellen: een *regulated environment*.⁹⁴ Ten slotte kan een tarief tot stand komen zonder regulering als gevolg van de werking van het marktmechanisme en derhalve zonder overheidsingrijpen. De overheid kan dan hooguit achteraf ingrijpen op grond van het commune mededingingsrecht.

Als ervoor wordt gekozen de tarieven te reguleren, zijn er verschillende methoden die kunnen worden gebruikt om het juiste tarief vast te stellen: *rate of return*- en *price cap*-regulering. Bij *rate of return*-tariefregulering⁹⁵ – van oudsher de meest conventionele vorm van regulering – wordt uitgegaan van de kosten die een onderneming maakt waar een bepaalde marge bij wordt opgeteld. Op deze manier wordt investeerders voldoende zekerheid geboden dat zij een investering kunnen financieren als dat nodig is. Deze methode wordt veel in de Verenigde Staten toegepast bij het reguleren van nutsbedrijven.⁹⁶ Zij draagt echter het gevaar in zich dat onvoldoende moeite wordt genomen het productieproces zo efficiënt mogelijk te maken en er een neiging ontstaat tot overinvesteringen. Er wordt immers uitgegaan van de werkelijke kosten en voor de aandeelhouders leidt overinvestering tot een grotere winst. Voor de afnemer resulteert dit in te hoge prijzen.⁹⁷

Om een betere uitkomst te bieden voor de afnemer is in het Verenigd Koninkrijk *price cap*-regulering uitgedacht en gehanteerd bij de privatiseringen die daar in de jaren tachtig hebben plaatsgevonden.⁹⁸ Hierbij wordt een vaste prijs of een maximumprijs vastgesteld, een zogenaamd prijsplafond. Dit plafond wordt doorgaans voor drie tot vijf jaar vastgesteld. De formule bevat twee elementen: ten eerste een algemene aanpassingsfactor voor het prijsniveau van de economie en een efficiëntiekorting 'X'. Als een bedrijf zijn efficiëntie sneller kan verbeteren dan de X-factor aangeeft, stijgt de winst.⁹⁹ De twee belangrijkste voordelen van *price cap*-regulering die worden genoemd, zijn dat er prikkels aanwezig zijn om een grotere efficiëntie te bereiken en dat het minder administratieve lasten voor de marktautoriteit oplevert.¹⁰⁰ Marktautoriteiten houden zich (onder meer) bezig met de tarieven van ondernemingen in de sectoren die zij reguleren. Marktautoriteiten zijn toezichthouders op de markten.¹⁰¹ Sectorspecifieke marktautoriteiten zijn toezichthouders op markten die (nog) niet volledig concurrerend zijn.¹⁰²

Gebleken is inmiddels dat deze verwachting dat er een vereenvoudiging zou zijn van het werk van de toezichthouder niet is uitgekomen. Intensief en tijdrovend onderzoek is noodzakelijk gebleken om de X-factor vast te stellen.¹⁰³ Een gevaar van deze methode is dat de onderneming in kwestie gaat bezuinigen op de kwaliteit van het product of de infrastructuur om

⁹⁴ Traas 2003, p. 67.

⁹⁵ In de economische literatuur ook wel aangeduid als *costs of service* regulering of *cost-plus* regulering Huygen 1999, p. 71.

⁹⁶ Huygen 1999, p. 71.

⁹⁷ Baldwin & Cave 1999, p. 224-226 en Ogus 1994, p. 307-309.

⁹⁸ Een belangrijke rol in het aannemen van dit nieuwe model speelde het rapport Littlechild 1983.

⁹⁹ Baldwin & Cave 1999, p. 226-236 en Ogus 1994, p. 309-322.

¹⁰⁰ Baldwin & Cave 1999, p. 237.

¹⁰¹ Zie over marktautoriteiten paragraaf 3.6.2.4.

¹⁰² Hier wordt aangesloten bij Van der Meulen met de term marktautoriteit, Van der Meulen 2004, p. 13-130.

¹⁰³ Huygen 1999, p. 80-81.

een zo groot mogelijke winst te behalen.¹⁰⁴ Er is mitsdien aanvullende kwaliteitsregulering noodzakelijk.

In Nederland wordt in de elektriciteitssector voor het vaststellen van de transporttarieven een price cap methode gehanteerd. Er is veel tumult geweest over de hoogte van de zogenaamde X-factor die een korting op de tarieven is ter bevordering van een doelmatige bedrijfsvoering en de vraag of deze factor per bedrijf of voor de hele sector moest worden vastgesteld.¹⁰⁵

4.3.5 Tariefregulering en concurrentie

Bij elke concurrentiemodaliteit in nutssectoren kan doorgaans wel enige mate van tariefregulering worden aangetroffen. In het algemeen is het zo dat hoe meer concurrentie zich voordoet, hoe marktverstorerder het ingrijpen in de prijzen zal werken. Een van de verwachte gevolgen van daadwerkelijke concurrentie is immers dat de prijzen omlaag gaan. Als geen sprake is van concurrentie, maar van een natuurlijk monopolie, dan ligt het voor de hand om de tarieven ex ante te laten vaststellen door een bestuursorgaan.

Niet alleen de concurrentiemodaliteit is doorslaggevend bij de keuzes voor tariefregulering. Ook de publieke belangen die zijn vastgesteld, kunnen bepalend zijn voor de vorm van tariefregulering. Als de wetgever heeft bepaald dat een bepaald product tegen kostprijs met niet meer dan een redelijke winstmarge beschikbaar moet zijn voor iedereen (universele dienstverlening), kunnen de tarieven niet vrij worden gelaten.

Sectoren waarin geen rechtstreekse concurrentie plaatsvindt en waar deze ook niet wordt beoogd, hebben geen marktautoriteiten nodig. Het doel van de sectorspecifieke marktautoriteiten is immers om in de sector bij te sturen waar de markt faalt. Als daarvan geen sprake is omdat geen concurrentie wordt georganiseerd, is het niet zinvol om daarvoor een marktautoriteit in te schakelen. Controle op prijzen kan dan door het bestuur plaatsvinden; er is geen reden voor onafhankelijkheid.

Bij concurrentie tussen marktsegmenten zou geen behoefte bestaan aan ex ante vaststellen van tarieven. Er is sprake van rechtstreekse concurrentie en de tucht van de markt zou moeten leiden tot een goede prijs. Dit kan veranderen als een onderneming een machtspositie verwerft of wanneer prijsafspraken zijn gemaakt. In dit geval volstaat het commune mededingingsrecht om ex post in te grijpen. Zoals hiervoor aan de orde kwam, kan de NMa dan ingrijpen in de tarieven.

Bij concurrentie op de markt zou er iets meer behoefte aan tariefregulering bestaan. Bij toepassing van deze concurrentiemodaliteit is een deel van de sector rechtstreeks concurrerend, te weten de consumentenmarkt, en een ander deel van de sector, de infrastructuur, is dat niet. De toegang tot de infrastructuur moet daarom worden gereguleerd, en daarmee de tarieven die voor die toegang worden gevraagd. Afhankelijk van de publieke belangen die in het geding zijn en de mate waarin de concurrentie slaagt in een sector kan voor de consumentenmarkt bijvoorbeeld worden besloten tot het vrijlaten van de tarieven of het voorschrijven van het hanteren van een redelijk tarief. Op de infrastructuur zal ingrijpendere tariefregulering noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de eigenaar van de infrastructuur misbruik maakt van zijn machtspositie.

Bij concurrentie om de markt ligt het voor de hand dat de tarieven worden gereguleerd via het instrument waarmee de markt wordt verdeeld. Aangezien de betrokken onderneming

¹⁰⁴ Huygen 1999, p. 81-82.

¹⁰⁵ Zie hierover uitgebreider Lavrijssen 2006, p. 1-5.

monopolist is voor een bepaalde periode in een bepaald gebied bij deze vorm van concurrentie is het van belang dat de tarieven worden vastgelegd. In de aanbestedingsprocedure die hieraan doorgaans voorafgaat, zullen de gegadigden onder meer concurreren om de laagste tarieven.

Bij een prestatievergelijking moeten de tarieven worden gereguleerd. In beginsel gaat hiervan een zwakke prikkel uit richting de betrokken ondernemingen. De prestatievergelijking wordt toegepast in sectoren waarin geen sprake is van concurrentie en dit ook niet wordt beoogd. Er is sprake van monopolies. Hierin zijn verschillende mogelijkheden voor tariefregulering. Er is geen reden, zoals in concurrerende sectoren, om bevoegdheden toe te kennen aan een sectorspecifieke marktautoriteit. Er is sprake van zo'n afgezwakte vorm van concurrentie dat er geen sprake is van marktfalen dat gecorrigeerd kan worden door ingrijpen van een marktautoriteit.

4.3.6 Slotsom

Het instrument tariefregulering kent vele juridische verschijningsvormen. Het kan zowel een publiek- als privaatrechtelijk karakter hebben. Aan het ene uiterste van het spectrum stelt een marktautoriteit ex ante een tarief vast en aan het andere uiterste zijn de ondernemingen vrij hun eigen tarieven vast te stellen en wordt indien daarvoor reden is ex post ingegrepen in de tarieven maar. Hoe ingrijpend de regulering is, zou moeten afhangen van de aard en de zwaarte van de publieke belangen in kwestie en de economische kenmerken in bepaalde sectoren. De bescherming van de gebonden consument tegen de machtige monopolist en universele dienstverlening zijn rechtvaardigingen voor het toepassen van tariefregulering.

Tariefregulering kan zowel een ontwerp- als een correctiefunctie vervullen. Er is sprake van tariefregulering met een ontwerpfunctie als de tarieven ex ante worden vastgesteld en van een correctiefunctie als dit achteraf gebeurt.

Daarnaast is van belang voor de keuze van tariefregulering voor welke concurrentiemodaliteit is gekozen. Hierbij geldt dat hoe meer sprake is van concurrentie hoe minder ingrijpend de tariefregulering zou moeten zijn. Anderzijds geldt dat hoe mindsprake is van concurrentie, hoe minder de noodzaak bestaat voor tariefvaststelling door een onafhankelijke marktautoriteit.

Als er geen sprake is van concurrentie in een sector of als sprake is van een sterk afgezwakte vorm van concurrentie (zoals benchmarking) dan is er geen reden voor onafhankelijke tariefvaststelling. De minister kan dan zelf de tarieven reguleren of het overlaten aan andere bestuursorganen als daartoe aanleiding bestaat. Er is dan bovendien geen reden om de tariefvaststelling onder beperkte politieke verantwoordelijkheid te laten plaatsvinden. Hierbij hoeft dan ook geen marktautoriteit te worden betrokken. Juist omdat het een zeer zwakke vorm van concurrentie is, en marktfalen daarom op de loer ligt, is er wel reden voor een ingrijpende vorm van regulering.

Als gekozen is voor concurrentie tussen marktsegmenten is er geen aanleiding om vooraf tarieven vast te stellen. De bedoeling is nu juist dat de tarieven tot stand komen door de werking van het marktmechanisme. Eventueel kan achteraf worden ingegrepen door middel van het commune mededingingsrecht, maar dit zal slechts in uitzonderlijke gevallen nodig zijn.

Bij concurrentie op de markt is er reden voor ex ante tariefregulering omdat sprake is van een natuurlijk monopolie. De tarieven voor de toegang tot de infrastructuur zullen gereguleerd moeten worden omdat hierbij geen concurrentie bestaat. Dit geldt niet voor het deel

van de markt waar wel van concurrentie sprake is: de markt waarop de leveranciers concurreren om de consument.

4.4 Informatieverstrekking & openbaarmaking

4.4.1 Inleiding

In een geliberaliseerde en geprivatiseerde context is de behoefte aan betrouwbare informatie bij verschillende partijen extra groot. De verschillende partijen die hier in het bijzonder worden bedoeld, zijn burgers of consumenten, bedrijven, bestuursorganen, publieke aandeelhouders in nutsondernemingen en de volksvertegenwoordiging. Deze behoefte neemt toe omdat de rol van de overheid in de betrokken sectoren is veranderd. De voorheen zelf 'roeiende' en volledig verantwoordelijke overheid heeft nu een andere positie gekregen in de sectoren. De wetgever schept een reguleringskader waarbinnen partijen zelf de publieke belangen borgen. De overheid is verantwoordelijk voor het kader dat zij schept, maar niet langer rechtstreeks voor de uitvoering.

Het is daarom van groot belang dat de overheid zich bezighoudt met informatievoorziening. Het voorzien in de informatiebehoefte vanwege de overheid kan op verschillende wijzen gebeuren. De overheid kan zelf bepaalde informatie openbaar maken of zij kan aan anderen verplichtingen opleggen om informatie aan bepaalde partijen te verstrekken of openbaar te maken. Als de overheid zelf informatie openbaar maakt, houdt zij zich direct of actief bezig met openbaarmaking. Als zij dit door middel van derden doet, door aan hen verplichtingen op te leggen om bepaalde informatie openbaar te maken, houdt zij zich op indirecte of passieve wijze bezig met openbaarmaking.

Van directe of actieve openbaarmaking is bijvoorbeeld sprake op de website van Consuwijzer: 'praktisch advies van de overheid over uw rechten als consument'. Hier kunnen onder meer energiebedrijven met elkaar vergeleken worden.¹⁰⁶ Van indirecte of passieve openbaarmaking is sprake wanneer ondernemingen bepaalde gegevens openbaar maken op grond van een daartoe strekkende wettelijke plicht. Zo is het drinkwaterbedrijf verplicht op grond van artikel 21 lid 3 sub e, onder 1 om bepaalde informatie aan consumenten en andere afnemers over de kwaliteit van het drinkwater te verschaffen.

Om verwarring te voorkomen: dit is een andere benadering dan die van actieve en passieve openbaarmaking zoals die wordt gehanteerd in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), waarin actief en passief zien op het openbaar maken respectievelijk uit eigen beweging en op verzoek.

Een belangrijke kanttekening is dat informatie op zich nooit neutraal is. Het verschaffen van informatie heeft altijd een bepaald doel. Zo kan men met informatie consumenten waarschuwen, voorlichten en vennootschappen bestraffen. Dit betekent dat moet worden gewaakt voor het misbruiken van informatie. Omdat informatie nooit neutraal is, is het buitengewoon belangrijk dat met informatieverschaffing of openbaarmaking van bepaalde gegevens zeer zorgvuldig en doelgericht wordt omgegaan.

Het voorzien in de informatiebehoefte van consumenten is, zoals reeds opgemerkt, van belang in een sterk concurrerende omgeving. In een minder concurrerende omgeving is er een kleinere informatiebehoefte bij de consumenten en een grotere informatiebehoefte bij de regulerende overheden. De wetgever moet zorgdragen dat de relevante informatie de marktpartijen bereikt.

De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord is welke rol het verstrekken of openbaar maken van informatie als instrument speelt op gereguleerde markten in nutssectoren. Er

¹⁰⁶ <www.consuwijzer.nl>.

moet daarbij besproken worden in wiens informatiebehoefte wordt voorzien, daar informatie zich altijd min of meer tot iemand richt. Besproken wordt welke vorm van openbaarmaking de wetgever zou moeten organiseren bij elk afzonderlijk concurrentietype om publieke belangen te borgen.

Hierna wordt eerst besproken welke partijen op gereguleerde markten behoefte hebben aan welke informatie (4.4.2). Bij de andere instrumenten is degene tot wie het instrument zich richt niet zo doorslaggevend als bij openbaarmaking. Daarom moet eerst worden vastgesteld welke informatiebehoefte verschillende partijen hebben om vervolgens over te gaan tot de bespreking van het instrument zelf. Hierna worden de verschillende vormen van openbaarmaking beschreven en indien van toepassing besproken welke mogelijkheden en welke haken en ogen er aan de inzet van deze vorm van openbaarmaking als instrument verbonden zijn. Eerst komt passieve openbaarmaking, het van overheidswege opleggen van openbaarmakingsverplichting aan de orde (4.4.3) en daarna actieve openbaarmaking, door de overheid zelf (4.4.4). Daarna wordt ingegaan op politieke openbaarmaking: de verstrekking van informatie door het bestuur aan de volksvertegenwoordiging (4.4.5). Vervolgens wordt de juridische aard van het instrument besproken (4.4.6) waarna de koppeling wordt gelegd tussen de partijen, de verschillende vormen van het instrument en de verschillende concurrentiemodaliteiten (4.4.7) om vervolgens af te sluiten met een slotsom (4.4.8).

4.4.2 Partijen

Eerst wordt nu besproken welke partijen behoefte hebben aan informatie op gereguleerde markten. Er worden vijf groepen besproken die behoefte hebben aan informatie. Deze vijf partijen vloeien voort uit de driedeling die in alle nutssectoren kan worden gemaakt tussen consumenten of burgers, ondernemingen en overheid. Hierbij kan de overheid worden onderverdeeld in een aantal verschillende groepen afhankelijk van de bevoegdheden die worden uitgeoefend. Achtereenvolgens komen hierna de consumenten, ondernemingen, volksvertegenwoordigers, bestuursorganen met een concrete taak in nutssectoren en publieke aandeelhouders aan de orde.

Eén van de partijen die behoefte heeft aan informatie in een geliberaliseerde context is de burger. Na liberalisering moet de burger, inmiddels veelal teruggebracht tot consument, zelf keuzes maken in een concurrerende omgeving: de ontstane markt. Een van de vormen van marktfalen uit de economische theorie is, zoals wij al zagen, informatiegebrek, ook wel: informatieasymmetrie.¹⁰⁷ Om deze asymmetrie op te heffen, kan de overheid er door middel van verschillende instrumenten voor zorgen dat bepaalde informatie de consumenten bereikt.

Om een goed afgewogen keuze te kunnen maken, is voor deze consument betrouwbare informatie van het grootste belang. Omdat voor een consument niet altijd goed te beoordelen is om welke informatie het precies gaat en of de informatie betrouwbaar is, is hier een taak voor de overheid weggelegd om ervoor te zorgen dat de consument zo goed mogelijk wordt geïnformeerd. Als deze niet goed wordt geïnformeerd, zal de concurrentie onvoldoende tot stand komen en zullen de verwachte effecten op de publieke belangen zoals daling van de prijs en verbetering van de kwaliteit uitblijven. Wanneer de consument beschikt over bijvoorbeeld informatie inzake prijs, kwaliteit, klantvriendelijkheid et cetera en daarop rationeel kan reageren, kunnen publieke belangen mogelijk worden geborgd.

¹⁰⁷ Zie paragraaf 3.3.3.3.

Los van de beschikbaarheid en de betrouwbaarheid van de informatie is het daarom nodig dat de consument de mogelijkheid heeft om hierop al dan niet te reageren. Zo is het van belang dat een consument een contract om hem moverende redenen kan beëindigen of bij een conflict naar een rechter of een geschillenbeslechter kan stappen. Hij heeft ook de keuze om niets te doen met de verkregen informatie. De rechtstreekse bruikbaarheid van de informatie is dus mede afhankelijk van de gekozen concurrentiemodaliteit. Immers als geen sprake is van concurrentie en de consument is aangewezen op één vaste aanbieder, kan hij het contract niet opzeggen.

De openbaarmaking van de informatie en het toegankelijk maken ervan borgen op zichzelf de publieke belangen niet. De informatie is echter wel onmisbaar voor de borging ervan omdat de consument over voldoende informatie moet beschikken om een rationele afweging te kunnen maken. Dit veronderstelt overigens wel een bepaald rationeel begrip van de burger of consument als *homo economicus*. Het is de vraag of dit uitgangspunt terecht is. Is de burger wel bereid om zelfstandig uit een veelheid van mogelijkheden te kiezen? Of zou hij liever varen op het deskundig oordeel van een ander of willen kiezen uit een beperkter aantal mogelijkheden? In de literatuur komt naar voren dat de keuzerationaliteit bij consumenten beperkt is.¹⁰⁸

Relevante informatie voor de consument ziet onder meer op de (eventuele) kwaliteit van het betrokken product, de prijs ervan en de klantvriendelijkheid en financiële positie van de onderneming. Op basis van deze gegevens zal de rationele consument doorgaans een keuze maken voor een bepaalde onderneming. Nu hiervoor is gebleken dat niet elke consument een rationele consument is, heeft dit gevolgen voor de benodigde mix aan instrumenten. Het lijkt van belang dat er naast informatieverschaffing ook instrumenten met een controle- en correctiefunctie voorhanden zijn, zodat er kan worden gecorrigeerd als bij gebreke rationale consumenten onvoldoende concurrentie zou ontstaan.

Niet alleen voor consumenten is het van belang om op de hoogte te zijn. Op de nieuw ontstane markten in nutssectoren is een aantal partijen actief waarvoor informatie cruciaal is. Als zij niet over betrouwbare informatie beschikken, is het voor hen onmogelijk om de publieke belangen te borgen. Zo moeten ondernemingen die toegang tot een bepaalde infrastructuur krijgen, op de hoogte zijn van relevante technische kenmerken. Als zij niet over deze informatie beschikken, kan dit leiden tot technische problemen.

Ook volksvertegenwoordigers – als medewetgevers en als controleurs – moeten de beschikking krijgen over relevante informatie om hun taak goed uit te kunnen oefenen. Relevante informatie is voor hen het feit dat de publieke belangen die met de wetgeving (regulering) worden beoogd, niet worden geborgd. Het recht van de volksvertegenwoordiging op informatie, een instrument met een controlefunctie, stelt haar in staat zo nodig een instrument met een correctiefunctie te gebruiken in een markt om de betrokken publieke belangen toch te borgen.

Bestuursorganen die een bepaalde concrete taak hebben in een nutssector, zoals marktautoriteiten of aanbestedende diensten moeten om hun taak goed uit te kunnen oefenen ook over relevante informatie beschikken.

Voor publieke aandeelhouders in nutsbedrijven, wier bevoegdheden worden uitgeoefend door of namens bestuursorganen, is het van belang om van relevante informatie betreffende de vennootschap op de hoogte te zijn zodat zij hun aandeelhoudersbevoegdheden kunnen aanwenden indien zij dat noodzakelijk achten.

¹⁰⁸ Zie hierover: Ogus 1994, p. 41 en Van Ommeren 2008b. Zie hierover hiervoor 3.3.3.3.

4.4.3 Indirecte openbaarmaking

4.4.3.1 Inleiding

Zoals gezegd ziet de term indirecte openbaarmaking hier op de verplichting die de wetgever of de overheid op grond van wetgeving oplegt aan derden om informatie openbaar te maken. Op grond van algemene en bijzondere wetten gelden verplichtingen tot openbaarmaking van bepaalde gegevens. Een openbaarmakingsverplichting kan zich enerzijds richten tot alle vennootschappen in Nederland, anderzijds tot specifieke bedrijven. Daarnaast dient in sommige gevallen informatie aan een ieder kenbaar te worden gemaakt, in andere gevallen uitsluitend aan de betrokken consumenten of aandeelhouders.

In deze paragraaf worden drie vormen van indirecte openbaarmaking beschreven en wordt beoordeeld welke mogelijkheden en welke haken en ogen aan de inzet van deze instrumenten kunnen zijn verbonden. Ten eerste wordt ingegaan op de verplichting van vennootschappen om gegevens openbaar te maken aan een ieder. Vervolgens wordt beschreven welke plichten vennootschappen hebben om hun eigen (overheids) aandeelhouders voor te lichten. Daarna wordt ingegaan op de daarnaast geldende specifieke openbaarmakingsplichten, die zich richten tot ondernemingen in een bepaalde sector of zijn verbonden aan de inzet van een ander instrument zoals een vergunning of concessie.

4.4.3.2 Openbaarmakingsplichten vennootschappen

Een informatieverplichting die op grond van artikel 2:394 BW voor alle rechtspersonen geldt, is de verplichting om de jaarrekening te publiceren. Van deze publicatieplicht zijn kleine(re) ondernemingen vrijgesteld.¹⁰⁹ Het niet voldoen aan deze publicatieplicht wordt door de wetgever beschouwd als onbehoorlijk bestuur.¹¹⁰ Dit heeft tot gevolg dat als de vennootschap failliet gaat, de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn ten aanzien van de boedel omdat in dit geval een onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. De burgerlijke rechter heeft dit artikel als volgt geïnterpreteerd. Als komt vast te staan dat het bestuur onbehoorlijk is geweest omdat niet is voldaan aan de publicatieplicht, levert dit een onweerlegbaar vermoeden op. Dat dit onbehoorlijk bestuur ook heeft geleid tot het faillissement is een weerlegbaar vermoeden. De aangesproken bestuurder kan dit laatste vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹¹¹

Deze vorm van openbaarmaking is belangrijk en heeft een toegevoegde waarde in gereguleerde markten omdat consumenten door middel van deze gegevens kunnen beoordelen wat de financiële positie van een onderneming is. Deze informatie is echter onvoldoende voor consumenten die tussen verschillende concurrenten kunnen kiezen. Er is ook behoefte aan informatie over de prijs, de kwaliteit, de klantvriendelijkheid, zoals hiervoor bleek (4.4.2).

¹⁰⁹ Artt. 2:396-398 BW.

¹¹⁰ Art. 2:248 (138) lid 2 BW. Dit geldt ook voor de administratieplicht ex art. 2:10 BW.

¹¹¹ HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (m.nt. Ma).

4.4.3.3 Specifieke informatie- of openbaarmakingsverplichtingen

Naast de hiervoor besproken algemene informatieverplichtingen tegenover een ieder en jegens aandeelhouders die gelden voor alle vennootschappen in Nederland, gelden er ook sectorspecifieke informatieplichten. Deze worden gesteld bij of krachtens sectorspecifieke wetten. Het kan gaan om openbaarmaking aan een ieder, om het informeren van de eigen (potentiële) klanten of om het verschaffen van inlichtingen aan de marktautoriteit. Hierna is een aantal voorbeelden opgenomen. In de onderscheiden sectorspecifieke hoofdstukken wordt nader op de sectorspecifieke verplichtingen ingegaan.

Op grond van artikel 19a Elektriciteitswet 1998 houdt een netbeheerder een registratie bij van kwaliteitsindicatoren betreffende het transport van elektriciteit. Een afschrift van dit rapport zendt hij aan de raad van bestuur van de NMa en tevens maakt hij het rapport openbaar.

In de elektriciteitssector geldt op grond van artikel 95m Elektriciteitswet 1998 een informatieverplichting voor leveranciers jegens hun klanten. Deze verplichting is als voorschrift verbonden aan de leveringsvergunning. Zo moeten de voorwaarden van de overeenkomst in duidelijke en begrijpelijke taal zijn opgesteld en voor het sluiten ervan bekend zijn gemaakt aan de klant. Als aan deze eis niet is voldaan is de overeenkomst vernietigbaar. Dit is een vorm van extra consumentenbescherming.

In de Drinkwaterwet is een wettelijk verplichte prestatievergelijking tussen drinkwaterbedrijven, ook wel *benchmark* genoemd, opgenomen. Het verslag van de prestatievergelijking wordt aan de minister toegezonden. Verder wordt bepaald dat de minister het verslag aan de beide kamers der staten generaal toezendt, ervan mededeling doet in de Staatscourant en daarbij aangeeft waar het verslag voor een ieder ter inzage ligt.¹¹²

Daarnaast is het ook mogelijk om informatie- of openbaarmakingsverplichtingen als voorschriften aan bijvoorbeeld het verkrijgen van een vergunning of concessie te verbinden, zodat de vergunning- of concessieverlenende autoriteit alle informatie krijgt die zij nodig heeft voor het goed uitoefenen van haar taken.

In de Wet personenvervoer 2000 is geregeld dat aan de concessie voor het verrichten van personenvervoer in een bepaalde regio in ieder geval voorschriften worden verbonden inzake het verstrekken van informatie aan de concessieverlener ten behoeve van de controle op de uitvoering van de concessie.¹¹³

Hiervoor bleek dat alleen de algemene verplichting die op vennootschappen rust om de jaarrekening openbaar te maken onvoldoende informatie is voor de consument om zijn keuze op te baseren. De consument heeft hiervoor meer informatie nodig en om zich ervan te verzekeren dat hij deze informatie ook krijgt, moet de wetgever daartoe (sector)specifieke verplichtingen opleggen.

Een marktautoriteit kan een verzoek om informatieverstrekking aan een onderneming doen. Dit type beslissing wordt door de bestuursrechter wisselend gekwalificeerd. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) heeft in een voorkomend geval geoordeeld dat een dergelijk verzoek om inlichtingen geen besluit is, omdat geen sprake is van rechtsgevolg.¹¹⁴ In de literatuur is kritiek geuit op dit oordeel omdat de parlementaire geschiedenis niet eenduidig is op dit punt en het gaat om een (mogelijk) zeer ingrijpende vordering.¹¹⁵ De

¹¹² Art. 44 Dw.

¹¹³ Art. 32 lid 2 sub c Wp 2000.

¹¹⁴ CBB 21 juli 1998, AB 1998, 437 (m.nt. JHvdV).

¹¹⁵ Michiels 2003, p. 432, Verheij & Verhey 2005, p. 303 en Duijkersloot 2007, p. 45-46.

Centrale Raad van Beroep heeft de vordering tot inlichtingen wel gekwalificeerd als een besluit. In het voorliggende geval werd evenwel geoordeeld dat sprake was van een voorbereidingsbesluit, waartegen op grond van 6:3 Awb geen bezwaar en beroep openstond.¹¹⁶ De benadering van het CBB staat op gespannen voet met het hiervoor genoemde uitgangspunt in de jurisprudentie dat openbaarmaking op grond van een wettelijke openbaarheidsregeling een besluit in de zin van de Awb is.

4.4.4 Directe openbaarmaking

4.4.4.1 Inleiding

Directe openbaarmaking ziet op de situatie dat een bestuursorgaan zelf informatie verschaft, al dan niet uit eigen beweging. Er zijn verschillende manieren waarop de overheid zelf informatie kan verschaffen. Hierna wordt eerst aandacht besteed aan openbaarmaking uit eigen beweging of op verzoek aangaande een bestuurlijke aangelegenheid op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Vervolgens wordt ingegaan op openbaarmaking door de overheid als waarschuwing en openbaarmaking door de overheid als sanctie.

4.4.4.2 Openbaarmaking op grond van de Wet openbaarheid van bestuur

De Wob geeft het normenkader voor het verschaffen van informatie door de overheid bij de uitvoering van haar taken. Behoudens bepaalde uitzonderingen, zoals het verschaffen van bedrijfsgevoelige informatie of informatie die de staat zou schaden, is een bestuursorgaan gehouden bij haar berustende informatie uit eigen beweging of op verzoek openbaar te maken.¹¹⁷ Hierna wordt besproken wat het toepassingsbereik van deze wet is. Ten eerste wordt besproken welke bestuursorganen onder de toepassing van de Wob zijn gebracht en vervolgens wordt besproken in hoeverre ondernemingen met een publiek karakter die in nutssectoren actief zijn onder de toepassing van de Wob zouden kunnen komen.

Niet alle overheidsorganen vallen onder het toepassingsbereik van deze wet. De Wob is van toepassing op alle bestuursorganen, tenzij uitgezonderd bij algemene maatregel van bestuur. Het begrip bestuursorgaan is vastgelegd in artikel 1:1 van de Awb. Daar is een aantal uitzonderingen gemaakt in het tweede lid, zoals de wetgevende macht, de rechterlijke macht en de algemene rekenkamer. De begrippen uit de Awb overstijgen de wet zelf en zijn erop gericht te worden gehanteerd in het gehele bestuursrecht. Waar in de Wob wordt gesproken van een bestuursorgaan, wordt hiermee derhalve bedoeld: een bestuursorgaan in de zin van de Awb.

In de Awb wordt een onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde a- en b-organen. De relevantie van dit onderscheid is gelegen in de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen op het bestuursorgaan. Zo is de Wob slechts van toepassing op een b-orgaan voorzover dit orgaan met openbaar gezag is bekleed. Op het overige handelen van een b-orgaan is de Wob niet van toepassing. In het algemeen vallen a-organen voor al hun handelen onder de Wob.¹¹⁸ Los van de uitzonderingen die in de Awb staan, is voor de toepassing van de Wob bij voornoemde algemene maatregel van bestuur voor een deel van hun taken een aantal bestuurs-

¹¹⁶ CRvB 12 mei 1999, *JB* 1999, 157.

¹¹⁷ Artt. 2, 3 en 8 WOB.

¹¹⁸ Zie hierover nader Daalder 2005, p. 88.

organen uitgezonderd, te weten: de Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Omroep Stichting en de Nederlandse Bank.¹¹⁹

In artikel 3 van de Wob is bepaald dat een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid kan richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.¹²⁰ De vraag rijst wat moet worden verstaan onder 'een bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan'. Is een bedrijf als Schiphol N.V. werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan nu de Staat een grote meerderheid van de aandelen houdt? Kan hiervan ook sprake zijn in het geval van de beheerders van de elektriciteitsnetten, waarvan de aandelen alle in handen van overheden zijn? De Afdeling heeft tot dusver op deze vraag geen antwoord gegeven. Waar de Afdeling in een Wob-kwestie inging op de vraag of Schiphol een bestuursorgaan is, werd alleen bezien of Schiphol openbaar gezag uitoefent en is de vraag of Schiphol een bedrijf onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan is, laten liggen.¹²¹ Daalder stelt dat wanneer 'sprake is van een privaatrechtelijke vorm (...) een instelling in beginsel niet onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam [zal] zijn, tenzij specifieke regels zijn gesteld die invulling kunnen geven aan deze verantwoordelijkheid'.¹²²

Een ander licht op de vraag of ondernemingen waarop de overheid invloed kan uitoefenen onder de toepasselijkheid van de Wob zou vallen, werpt mogelijk het wetsvoorstel 'Markt en overheid' dat ziet op de toepassing van mededingingsregels op overheden.¹²³ Hoewel dit wetsvoorstel niet ziet op openbaarmakingsverplichtingen, wordt het begrip 'openbaar bedrijf' in deze wet gedefinieerd. Een term die, zoals hiervoor aan de orde kwam, overeenkomsten vertoont met de term van de Wob waarin wordt gesproken van een bedrijf dat onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan staat. Hierin wordt in artikel 25g een andere term gebruikt: 'overheidsbedrijf' die als volgt wordt omschreven: 'a. een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen; b. (...)'.¹²⁴

In het tweede lid van artikel 25g in het aangehaalde wetsvoorstel wordt bepaald dat een publiekrechtelijke rechtspersoon alleen in bepaalde gevallen in staat is in een onderneming het beleid te bepalen: a. indien hij, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen; b. indien meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn; c. indien de onderneming een dochtermaatschappij in de zin van artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is; of d. in andere gevallen, voor zover bij algemene maatregel van bestuur bepaald.

¹¹⁹ Art. 1 Besluit bestuursorganen WNo en WOB van 11 september 1998, *Stb.* 1998, 580, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2004, 67.

¹²⁰ Zie hierover Zijlstra 2008, p. 23-25.

¹²¹ ABRvS 3 oktober 1996, *AB* 1996, 474 (m.nt. AFMB).

¹²² Daalder 2005, p. 91 onder verwijzing naar de Parlementaire geschiedenis WOB (noot 83 en 84).

¹²³ *Kamerstukken I* 2008/09, 31 354, nr. A.

¹²⁴ *Kamerstukken I* 2008/09, 31 354, nr. A, art. 25g.

Hoewel in de jurisprudentie in geval van een vennootschap tot dusver niet is besloten dat daarop de Wob van toepassing is, valt voor de toekomst niet uit te sluiten dat dit toch zal gebeuren. In ieder geval verdient het de voorkeur dat voor de term overheidsbedrijf in verschillende wetten dezelfde definitie geldt als die gehanteerd wordt als wettelijk normadres-saat.

4.4.4.3 Openbaarmaking als sanctie

Een belangrijke vorm van directe openbaarmaking is de openbaarmaking als sanctie, die de afgelopen tijd in belangrijkheid is toegenomen. Een sanctie is een reactie op een overtreding gericht op hetzij herstel van de onrechtmatige situatie hetzij bestraffing ervan. Hierna worden verschillende vormen van openbaarmaking die een relatie hebben met sancties besproken. Ten eerste het handhaven van de verplichting die op ondernemingen rust om bepaalde informatie openbaar te maken (4.4.3), ten tweede het publiceren van een sanctie en ten derde de openbaarmaking van informatie als sanctie. Deze laatste vorm van openbaarmaking wordt ook wel *naming and shaming* genoemd en omdat deze de afgelopen tijd in belang is toegenomen terwijl de toepasselijke regels nog niet geheel zijn uitgekristalliseerd wordt aan dit laatste onderwerp veel aandacht besteed.

Ten eerste kan een bestuursorgaan een openbaarmakingsverplichting handhaven die (nuts)ondernemingen verplicht bepaalde informatie openbaar te maken. Hiertoe moet sprake zijn van een daadwerkelijke overtreding en het betrokken bestuursorgaan moet over de bevoegdheid beschikken om tegen deze overtreding op te treden. Eén van de manieren waarop de handhaving vervolgens kan plaatsvinden, is door de informatie, zo het bestuursorgaan daarover beschikt, zelf te publiceren als het bedrijf dit weigert. Dit komt neer op het toepassen van bestuursdwang door de marktautoriteit. Hiervoor is uiteraard een vereiste dat het bestuursorgaan zelf over de relevante informatie beschikt. Aangezien dit niet voor de hand ligt als de informatie nog niet openbaar is gemaakt, zal het toepassen van bestuursdwang in dat geval weinig effect sorteren. Meer kan worden verwacht van de oplegging van een last onder dwangsom zodat de betrokken onderneming zelf de informatie zal publiceren. Van het actief openbaarmaken door een bestuursorgaan bij wege van toepassing van bestuursdwang kan derhalve weinig worden verwacht, maar van het opleggen van een last onder dwangsom des te meer.

Ten tweede kan de marktautoriteit overgaan tot de bekendmaking van een aan een nutsonderneming opgelegde sanctie. Dit kan gaan om een reparatoire of een punitieve sanctie. Er moet dan worden gedacht aan de bekendmaking van het opleggen van een bestuursdwang- of dwangsbesluit of een bestuurlijke boete.

De NMa is op grond van artikel 65 Mededingingswet gehouden sancties die zij oplegt vanwege het overtreden van het verbod om mededingingsafspraken te maken en het overtreden van het verbod van misbruik maken van een economische machtspositie, bekend te maken in de Staatscourant.

Ten derde maakt de marktautoriteit openbaar dat een overtreding is begaan. In dit geval is de openbaarmaking zelf bedoeld als sanctie. Er wordt in de laatste twee gevallen ook wel gesproken van *naming and shaming*. In de economische literatuur wordt het begrip *naming and shaming* als volgt gedefiniëerd. '*Naming* is het publiek bekendmaken van informatie over oorsprong, veiligheid, kwaliteit en andere relevante kenmerken van producten of diensten of over de eigenschappen of kenmerken van de aanbieders en of producenten van producten en

diensten, met als doel hiermee consumenten zo goed mogelijk te informeren. *Shaming* is het impliciet of expliciet kleuren van de informatie die gegeven wordt over de eigenschappen van het product of de kenmerken van de aanbieder, om daarmee de reputatie van het product of de aanbieder (...) te beïnvloeden en het gedrag van consumenten te sturen'¹²⁵ *Shaming* heeft hierbij een negatieve connotatie. In de juridische literatuur wordt het begrip als volgt omschreven: 'In toenemende mate wordt openbaarheid ingezet als instrument om personen of instellingen dan wel diensten of producten daarvan in een kwaad daglicht te stellen, doorgaans omdat ze wettelijke voorschriften (zouden) hebben overtreden.'¹²⁶ Ook wordt wel gesproken van 'de schandpaal'.¹²⁷

Een aspect dat uit deze begrippen volgt, is dat sprake is van een actieve handeling van de overheid tot openbaarmaking van bepaalde informatie. Daarnaast houden de gegevens een afkeurend oordeel in over de producten, de handelwijze of ander relevant aspect van het bedrijf in kwestie. De informatie wordt bovendien bekendgemaakt met het beoogde gevolg dat het bedrijf in kwestie reputatieschade lijdt. In de juridische benadering staat het overtreden van wettelijke voorschriften centraal in de definitie, voor de economen is dit geen kenmerk van het begrip.

Reputatieschade kan grote commerciële gevolgen hebben voor een bedrijf en dit maakt *naming and shaming* tot een effectief instrument in bepaalde sectoren. Van groot belang is hierbij het concurrentietype in een nutssector. Bij een prestatievergelijking of concurrentie om de markt is een consument gebonden en kan deze zelf geen actie ondernemen op de bekendgemaakte informatie. Daar is de bekendgemaakte informatie relevant voor anderen, zoals het parlement en de betrokken minister. Deze kunnen besluiten om tot ingrijpen over te gaan op grond van bepaalde informatie; bijvoorbeeld door de regulering aan te scherpen. Anders ligt het bij concurrentie op de markt of tussen markten. Een consument kan dan op grond van de informatie zelf besluiten om over te stappen op een andere aanbieder. Informatie is derhalve in alle concurrentiemodaliteiten van belang, maar werkt op een verschillende manier uit. Hoe minder concurrentie, des te meer behoefte bestaat aan bevoegdheden van de minister om in te grijpen op grond van relevante informatie. Hoe meer concurrentie, des te groter is het belang van het opheffen van informatie-asymmetrie door het publiek goed te informeren.

Problematisch bij *naming and shaming* is echter dat het (soms aanzienlijke) effect, de reputatieschade, zeer moeilijk weer ongedaan kan worden gemaakt. Negatieve berichtgeving over bedrijven trekt veel aandacht en als na een jarenlange procedure het bedrijf toch in het gelijk zou worden gesteld, trekt dit veel minder media-aandacht. Het openbaren van informatie kan niet ongedaan worden gemaakt en het terugtrekken van een bericht haalt vaak niet veel uit: het leed is al geleden.

Deze kenmerken van *naming and shaming* moeten reden zijn voor de overheid om zeer zorgvuldig om te gaan met het inzetten van dit instrument. Deze zorgvuldigheid moet enerzijds betrachtd worden door de wetgever die zou moeten voorzien in een zorgvuldige procedure. Anderzijds moet de toezichthouder zorgvuldig omgaan met dit instrument.

Een van de problematische juridische aspecten van *naming and shaming* als instrument is de soms onduidelijke juridische status van de openbaarmaking. Niet altijd is openbaarmaking of een verzoek om informatieverstrekking een besluit in de zin van de Awb. Het zou dan

¹²⁵ Keuzenkamp, Theeuwes & De Nooij 2003, p. 15.

¹²⁶ Michiels 2007, p. 85.

¹²⁷ Doorenbos 2003, p. 2190-2196.

een feitelijk karakter hebben in de zin van de hier gehanteerde definitie van instrumenten.¹²⁸ Door de bestuursrechter zijn in sommige gevallen constructies gemaakt om toch tot de kwalificatie als besluit te komen.

Vanwege het gevaar van onduidelijkheid over het toepasselijke recht en de bevoegde rechter is het van belang de verschillende (juridische) varianten van *naming and shaming* scherp te onderscheiden. Er zijn immers meerdere varianten van dit instrument. Hierbij zijn relevante juridische vragen: of sprake is van een besluit in de zin van de Awb, of sprake is van een sanctie en zo ja, van wat voor soort sanctie. Als sprake is van een besluit, is de bestuursrechter bevoegd om te oordelen. Zo niet, dan zal een beroep op de burgerlijke rechter moeten worden gedaan voor rechtsbescherming. De burgerlijke rechter is geneigd om toezicht-handelingen terughoudend te toetsen.¹²⁹ Bovendien geldt voor het opleggen van een punitieve sanctie een stringenter normenkader dan voor een herstelsanctie.

Openbaarmaking – op verzoek of uit eigen beweging – op grond van een wettelijke openbaarheidsregeling (zoals de Wob) is op grond van jurisprudentie een besluit.¹³⁰ Als er geen wettelijke openbaarheidsregeling op van toepassing is, wordt het openbaar maken door de bestuursrechter geacht een feitelijke handeling te zijn.¹³¹ Dogmatisch gezien is dit verschil van behandeling van openbaarmakingsbesluiten met of zonder wettelijke grondslag niet goed te verklaren.¹³² Het gevolg van de kwalificatie als besluit is dat de bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat voor een rechtzoekende. Indien de openbaarmakingsbeslissing wordt gekwalificeerd als feitelijke handeling moet hij zich tot de burgerlijke rechter wenden.

Het is wat mij betreft van belang dat alle openbaarmakingsbeslissingen worden gekwalificeerd als besluiten op grond van de Awb, zodat de bestuursrechter over al deze beslissingen kan oordelen. Bij beoordeling door zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter van in essentie hetzelfde type beslissingen, bestaat het risico van uiteenlopende jurisprudentie en dit is derhalve een gevaar voor de rechtseenheid op dit punt.

Als een sanctie wordt opgelegd aan een bedrijf is hiervoor in de wet vaak een procedure vastgesteld. Zo is de toezichthouder in het algemeen gehouden om de overtreder in te lichten over zijn voornemen een sanctie op te leggen om hem in staat te stellen om hierop te reageren. Als na verloop van tijd tot sanctieoplegging wordt overgegaan wordt deze beschikking gepubliceerd in de Staatscourant.

De raad van bestuur van de NMa kan ingeval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens de Elektriciteitswet 1998 (met een aantal uitzonderingen) een last onder dwangsom opleggen.¹³³ In bepaalde gevallen kan de raad bestuurlijke boeten van verschillende categorieën opleggen.¹³⁴ Voor de oplegging van de last onder dwangsom moet, net als bij de bestuurlijke boete, een rapport worden opgesteld, waarop de overtreder mag reageren.¹³⁵ Binnen dertien dagen na dagtekening van het rapport beslist de raad van bestuur over het opleggen van de sanctie.¹³⁶ Na de bekendmaking van de beschikking wordt zij ter inzage gelegd bij de NMa. Van de beschikking wordt mededeling

¹²⁸ Zie voor de definitie van instrumenten paragraaf 4.1.2.

¹²⁹ Rb. Den Haag (vzr.) 9 april 2003, *AB* 2003, 199 (m.nt. OJ). Zie hierover in gelijke zin: Duijkersloot 2007, p. 46.

¹³⁰ Daalder 2005, p. 247-248.

¹³¹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 168.

¹³² Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2008, p. 169 onder verwijzing naar Beers 1980, p. 199.

¹³³ Art. 77h E-wet.

¹³⁴ Art. 77i E-wet.

¹³⁵ Artt. 77k en 77m lid 2 E-wet.

¹³⁶ Art. 77n lid 1 E-wet.

gedaan in de Staatscourant.¹³⁷ Zoals we hiervoor reeds zagen geldt dezelfde bekendmaking voor sancties die de raad van bestuur oplegt vanwege het overtreden van het verbod om mededingingsafspraken te maken en het overtreden van het verbod van misbruik maken van een economische machtspositie.

Als er in de wet geen bepalingen voor zijn vastgesteld, betekent dit niet dat een toezichthouder een sanctiebeschikking niet zou mogen bekendmaken. Het openbaarmaken van informatie is een feitelijke handeling want ontbeert strikt genomen rechtsgevolg. Dit betekent dat het bestuur hiervoor geen wettelijke grondslag behoeft, en de grenzen van de openbaarmaking gezocht moeten worden in de onrechtmatigheid op grond van artikel 6:162 BW. Dit is een eerste problematische kanttekening bij het gebruik van *naming and shaming*.

Het is niet zonder meer aannemelijk dat het bij een openbaarmaking op zichzelf om een besluit zou gaan. Het openbaarmaken van informatie op verzoek werd door de Afdeling bestuursrechtspraak al in het Arob-tijdperk aangemerkt als gericht op rechtsgevolg omdat ermee zou worden vastgesteld dat de verzoeker een recht heeft op de betrokken informatie.¹³⁸ Michiels vindt deze constructie van de bestuursrechter merkwaardig omdat de verzoeker niet om de vaststelling van het recht vraagt, maar acht wel verdedigbaar dat die vaststelling moet plaatsvinden alvorens de informatie mag worden geopenbaard. Hij verwijst hierbij naar Konijnenbelt die opmerkt dat het verschil in rechtskarakter tussen wel en niet op de wet gebaseerde openbaarheidsbeslissingen dogmatisch niet goed te verklaren is.¹³⁹

Bij spontane openbaarmaking is geen sprake van de vaststelling van enig recht maar wordt om beleidsredenen informatie gepubliceerd. Bij het ontbreken van rechtsgevolg rijst de vraag of we hier niet te maken hebben met een feitelijke handeling. Aan de openbaarmaking zijn immers geen rechtsgevolgen verbonden. Die kleven uitsluitend aan de sanctiebeschikking. Als deze stelling juist is, zou dit betekenen dat tegen de openbaarmaking zelf geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

De bestuursrechter heeft inmiddels ook spontane openbaarmakingen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) aangemerkt als besluit.¹⁴⁰ Omdat de uitzonderingen en beperkingen van artikel 10 Wob bij spontane openbaarmaking evenzeer gelden als bij openbaarmaking op verzoek moet het ervoor worden gehouden dat artikel 8 lid 1 samen met 10 Wob de grondslag biedt voor het nemen van besluiten in de zin van de Awb redeneert de Afdeling bestuursrechtspraak. Michiels bekritiseert, mijns inziens terecht, deze onderbouwing omdat het feit dat moet worden vastgesteld of een bepaalde handeling binnen de wettelijke kaders blijft nog niet met zich brengt dat het om een besluit gaat. Hij maakt hierbij een vergelijking met de (grotendeels) feitelijke handelingen die de toezichthouder ex artikel 5:11 Awb verricht. De toezichthouder moet ook steeds beoordelen of hij binnen deze kaders blijft, aldus Michiels, maar dat maakt de handelingen die hij verricht nog niet tot een besluit. Niettemin acht hij deze strategische afdelingsjurisprudentie uit oogpunt van rechtsbescherming wel voordelig.¹⁴¹

Deze uitspraak van de Afdeling ziet uitsluitend op spontane openbaarmaking op grond van de Wob. Vervolgens rijst de vraag welke betekenis deze rechtspraak nu heeft voor spontane openbaarmaking op grond van andere wetten, zoals de Mededingingswet of de ener-

¹³⁷ Art. 770 E-wet.

¹³⁸ ARRvS 27 november 1979, AB 1980, 77 (m.nt. JAB) en ARRvS 16 april 1981, AB 1981, 379.

¹³⁹ Michiels 2007, p. 86.

¹⁴⁰ ABRvS 31 mei 2006, JB 2006, 218 (m.nt. MOV), AB 2006, 329 (m.nt. P.J. Stolk), zie hierover ook Van Ommeren 2008, p. 227 e.v.

¹⁴¹ Michiels 2007, p. 87.

giewetten en voor spontane openbaarmaking zonder wettelijke grondslag. Michiels is van mening dat voor andere wetten eenzelfde benadering in de rechtspraak zou moeten gelden.¹⁴² Ik ben het met hem eens dat er een algemene lijn zou moeten zijn voor het al dan niet openstellen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openbaarheidshandelingen. Er is onvoldoende rechtvaardiging voor het in het ene geval aannemen van een besluit en in het andere geval niet. Zoals hiervoor betoogd, toetst de burgerlijke rechter toezichthandelingen doorgaans terughoudend. Er is ook hier weer geen rechtvaardiging voor een uiteenlopende toetsing van in essentie dezelfde gevallen: openbaar maken van informatie. Bovendien kunnen openbaarmakingshandelingen zeer ingrijpend zijn. Dit rechtvaardigt een adequate toetsing bij een rechter, in dit geval de bestuursrechter.

Niet alleen de vraag of openbaarmaking door een bestuursorgaan een besluit is, zoals hiervoor al behandeld is van belang, maar ook of sprake is van een bestuurlijke sanctie. Geredeneerd vanuit een breder perspectief is het helder dat openbaarmaking van informatie die de betrokkene in een kwaad daglicht stelt, als een sanctie of zelfs als een straf wordt ervaren en kan worden gezien. Vanuit een juridisch perspectief geeft echter niet de ervaring van een handeling de doorslag maar de juridische kwalificatie. Artikel 5.0.2 van de vierde tranche definieert het begrip bestuurlijke sanctie als 'een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak'. Openbaarmaking voldoet niet aan deze definitie en kan daarom naar huidig recht mijns inziens niet als een bestuurlijke sanctie worden aangemerkt.

Michiels maakt een inhoudelijk onderscheid tussen twee vormen van openbaarmaking. Naar zijn mening lijkt bij een openbaarmaking die erop is gericht het publiek te waarschuwen bij acuut gevaar geen sprake van een sanctie. Daarbij hoeft ook geen sprake te zijn van een overtreding en als daarvan wel sprake is, hoeft deze niet bekend te worden gemaakt. Volgens hem is wel sprake van een sanctie als een overtreding wordt bekendgemaakt of een sanctiebeschikking in combinatie met de naam van de overtreder. Hij erkent dat dat nog niet betekent dat sprake is van een sanctie in de zin van artikel 5.0.2., maar komt tot de conclusie dat sprake is van een belastende maatregel.¹⁴³

Doorenbos betoogt in zijn oratie dat de publicatie van een bestuurlijke boete valt aan te merken als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁴⁴ Michiels sluit zich hierbij aan. Hij is van mening dat het oogmerk van de oplegger wel mede preventie kan zijn, maar dat dat niet afdoet aan wat er feitelijk gebeurt, namelijk de aantasting van iemands goede naam.¹⁴⁵

4.4.5 Politieke informatieverstrekking

4.4.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt het recht op informatie van vertegenwoordigende organen besproken. Dit recht op informatie is in een geliberaliseerde context van groot belang. Als er misstanden aan de orde zijn op een gereguleerde markt in een nutssector, moet de volksvertegenwoordiging – al dan niet op verzoek – goed geïnformeerd worden over de problemen zodat zij eventueel kan ingrijpen. Hierbij is van belang op te merken dat liberalisering en privatisering meebrengen dat bepaalde informatie die voorheen voor de overheid makkelijk be-

¹⁴² Michiels 2007, p. 87.

¹⁴³ Michiels 2007, p. 87-88.

¹⁴⁴ Doorenbos 2006.

¹⁴⁵ Michiels 2007, p. 87-88.

schikbaar was, dat nu niet is. Voorheen was sprake van een onderneming of dienst die werkzaam was onder verantwoordelijkheid van de overheid en daarom gehouden was alle gevraagde informatie te verschaffen. Na liberalisering is van belang dat de volksvertegenwoordiging op de hoogte is van het functioneren van een nutssector, om als wetgever in te kunnen grijpen bij misstanden of de minister aan te kunnen sporen om gebruik te maken van zijn bevoegdheden.

In deze paragraaf wordt besproken welke grenzen er staatsrechtelijk zijn gesteld aan het recht van de volksvertegenwoordiging op informatie. Hierbij wordt mede ingegaan op de inhoud van de informatie en waar de grens moet liggen bij het behandelen van bedrijfsgevoelige informatie. Hierna komt steeds eerst de plicht van het bestuur om op verzoek en vervolgens om uit eigen beweging informatie te verschaffen aan de volksvertegenwoordiging aan de orde. Eerst komt het niveau van het rijk aan de orde en vervolgens het niveau van gemeenten en provincies.

4.4.5.2 *Informatie van regering aan parlement op verzoek*

De informatieverschaffing van de regering of individuele ministers jegens het parlement is vanuit democratisch oogpunt van groot belang. Door deze informatieverschaffing wordt het parlement in staat gesteld de hem toegedeelde controlerende taak uit te voeren. Kamerleden kunnen aan deze controlerende taak uitvoering geven door aan een minister of staatssecretaris vragen te stellen. Jaarlijks worden vele honderden schriftelijke vragen gesteld door leden van het parlement.

De grondslag van het recht op inlichtingen van het parlement is neergelegd in artikel 68 van de Grondwet:

De ministers en de staatssecretarissen geven de kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door een of meer leden verlangde inlichtingen waarvan het verstreken niet in strijd is met het belang van de Staat.

Op grond van dit artikel heeft het parlement recht op de door één of meer van hun leden verlangde inlichtingen. De eerste grens aan dit recht is 'strijd met het belang van de Staat'. Als daarvan sprake is, dienen de ministers en staatssecretarissen zich te verschonen. De vraag rijst in welke gevallen sprake is van strijd met het belang van de Staat. De inhoud van dit begrip blijkt zeer vaag en de regering heeft hierover ondanks enige pogingen nooit¹⁴⁶ helemaal duidelijkheid verschaft.¹⁴⁷

Een andere grens van deze grondwettelijke inlichtingenplicht kan gevonden worden in het begrip 'inlichtingen' zelf. Welke inlichtingen moeten worden verschaft en welke niet? Hierover lopen de meningen uiteen. In de literatuur wordt een ruime en een beperkte opvatting voorgestaan. In de ruime opvatting moet een minister alle inlichtingen geven waarover hij juridisch en feitelijk beschikt of kan beschikken, ook als dit zijn ministeriële verantwoordelijkheid te buiten gaat. In de beperkte opvatting is de minister slechts verplicht inlichtingen te geven die betrekking hebben op die zaken waarvoor hij verantwoordelijk is.¹⁴⁸ De kern van het verschil tussen deze opvattingen is de wijze waarop men meent dat de ministeriële verantwoordelijkheid en de inlichtingenplicht zich tot elkaar verhouden. Beide bepalingen zijn

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 362.

¹⁴⁷ Zie hierover uitgebreid: Munneke 2006, p. 70-73 en 109-163.

¹⁴⁸ Zie voor een analyse van de literatuur hierover: Munneke 2006, p. 76.

ten tijde van de grondwetsherziening van 1848 ingevoerd, hoewel hieruit niet moet worden afgeleid dat de inlichtingenplicht ook voortvloeit uit de ministeriële verantwoordelijkheid. De inlichtingenplicht was er in feite al voordat de ministeriële verantwoordelijkheid werd geïntroduceerd.¹⁴⁹

In de – mijns inziens overtuigende – ruime(re) opvatting van Zijlstra en ook Munneke geeft het inlichtingenrecht van artikel 68 Grondwet vorm aan het verantwoordingsproces en vormt het bovendien een zelfstandige grondslag voor de feitelijke plicht informatie te verschaffen over zaken die niet onder de reikwijdte van ministeriële verantwoordelijkheid vallen.¹⁵⁰

Vervolgens kunnen er zogenaamde ‘natuurlijke belemmeringen’, ook wel genoemd: praktische redenen of redenen van opportuniteit, zijn waardoor de gevraagde inlichtingen niet kunnen worden verschaft.¹⁵¹ Zo’n natuurlijke belemmering doet zich voor als het geven van de gevraagde inlichtingen redelijkerwijs onmogelijk is, en die onmogelijkheid voortvloeit uit de aard of inhoud van de verlangde informatie.¹⁵²

In de Tweede Kamer is de vraag gerezen wat nu precies de reikwijdte is van artikel 68 Grondwet en tevens of dit artikel een beperkter recht geeft aan kamerleden dan het recht op informatie dat aan een ieder toekomt op grond van de Wob. Hierbij werd de vraag gesteld of een bewindspersoon met een beroep op het belang van de staat een kamerlid informatie zou mogen weigeren terwijl hij gehouden is een burger of de media op grond van de Wob de betrokken informatie te verschaffen.

Daarnaast werd gevraagd of het voor de wijze waarop aan het verzoek om informatie wordt voldaan van belang is of slechts een lid, een fractie of de kamer als geheel de informatie wenst. Bij ‘de wijze waarop’ moet worden gedacht aan het weigeren of onvolledig geven van een antwoord.¹⁵³

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (De Vries – kabinet Kok II) gaf hierop aan dat het inlichtingenrecht toekomt aan het individuele kamerlid.¹⁵⁴ Hij baseerde dit op de parlementaire geschiedenis. Er is echter geen instrument voor de het parlement om dit recht daadwerkelijk af te dwingen. Als een bewindspersoon persisteert in een weigering is het uiteindelijk aan het parlement om eventueel het vertrouwen in hem op te zeggen. Daarvoor is echter wel een meerderheid noodzakelijk. De ruimte die een minister heeft om de gevraagde informatie niet te verstrekken is heel beperkt.

Een verschil met de openbaarmaking op grond van de Wob is dat een burger de openbaarmaking kan afdwingen via de (bestuurs)rechter. De burger heeft derhalve wel een juridisch instrument om zijn recht op informatie te handhaven. De inlichtingenplicht is niet juridisch afdwingbaar.¹⁵⁵ In het geval dat een minister wegens een beroep op het staatsbelang de informatie niet wil prijsgeven, zal hij daartoe niet bereid zijn. In het uiterste geval zal hij op eigen initiatief of op grond van een motie van wantrouwen af kunnen treden. Daarmee heeft het parlement de gewenste informatie nog steeds niet.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Munneke 2006, p. 74.

¹⁵⁰ Zijlstra 1997, p. 105-106 en Munneke 2006, p. 86.

¹⁵¹ Koekkoek 2000, p. 371.

¹⁵² Munneke 2006, p. 88.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 362, nr. 1.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 362, nr. 2, p. 2.

¹⁵⁵ Daalder 2005, p. 27.

¹⁵⁶ Elzinga & De Lange 2006, p. 780-781.

Daarnaast stelt voornoemde minister dat informatie die op grond van de Wob aan een burger moet worden verstrekt, niet aan het parlement kan worden onthouden op grond van artikel 68 Grondwet. Volgens de minister reikt de informatieplicht aan het parlement krachtens de Grondwet in alle gevallen ten minste even ver en soms verder dan de verplichting informatie te verstrekken op grond van de Wob.¹⁵⁷ Hier past uiteraard wel weer de kanttekening bij dat het recht op informatie van het parlement niet juridisch afdwingbaar is, maar wel kan worden afgedwongen met politieke middelen.

4.4.5.3 *Informatie van regering aan parlement uit eigen beweging*

Op grond van het democratisch stelsel wordt ook wel een ongeschreven actieve inlichtingenplicht van de regering aan het parlement verondersteld.¹⁵⁸ Ook hier doet zich weer voor dat het recht op informatie door de kamer niet kan worden afgedwongen en dat haar alleen het ultieme middel van het opzeggen van vertrouwen ten dienste staat als haar de verlangde informatie wordt onthouden.

De vraag rijst welke informatie een bewindspersoon wel en welke hij niet aan het parlement moet verstrekken. Dit hangt samen met de rol die aan het parlement wordt toegekend ten opzichte van de regering. Wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat het parlement meeregeert dan zijn er eigenlijk geen beperkingen aan de informatiestroom. Wordt uitgegaan van een controlerende taak (naast de taak van mede-wetgever) dan is een beperking van informatie aangewezen.¹⁵⁹ Bovendien kan een overvloed aan informatie ertoe leiden dat kamerleden door de bomen het bos niet meer kunnen zien.¹⁶⁰ De taak van het parlement om de regering te controleren lijkt mij hierbij het uitgangspunt. Als een publiek belang in het geding is dan is het aan de regering om de kamer daarover te informeren (of daarover vragen te beantwoorden). Het is echter de vraag of de veronderstelde aanwezigheid van een 'publiek belang' geschikt is als richtsnoer voor de regering inzake actieve informatieverstrekking aan de kamer. Hoewel kan worden teruggesproken op de door de wetgever vastgestelde publieke belangen, blijft het een politiek oordeel in hoeverre een publiek belang onder spanning staat. Bovendien blinken de vastgestelde publieke belangen doorgaans niet uit in concreetheid en helderheid (3.4).

Daarnaast geldt een groot aantal specifieke actieve inlichtingenplichten voor de regering of voor individuele ministers op grond van verschillende wetten. Gezien het feit dat er niet een eenduidige inhoudelijke maatstaf is vast te leggen voor het actief verschaffen van informatie zoals hiervoor opgemerkt, verdient het de voorkeur om, waar dat van belang wordt geacht door de wetgever, specifieke informatieverplichtingen op te nemen in (specifieke) wetgeving. Hierbij is het vooral van belang dat er extra verplichtingen worden opgenomen voor sectoren waar sprake is van geen concurrentie of in zeer beperkte mate.

4.4.5.4 *Informatieplichten decentraal*

Op het niveau van provincies en gemeenten gelden op grond van de organieke wetten vergelijkbare informatieplichten tussen bestuur en volksvertegenwoordiging als op rijksniveau. Hier wordt verder gesproken over de situatie op gemeentelijk niveau. Op provinciaal niveau geldt

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28 362, nr. 2, p. 12.*

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2001/02, 28 362, nr. 2, p. 3.*

¹⁵⁹ Zie over deze verschillende rollen van het parlement en informatie: Bovend'Eert 2004, p. 824-831.

¹⁶⁰ Elzinga & De Lange 2006, p. 781.

mutatis mutandis hetzelfde. Ik verwijs hier naar de relevante artikelen uit de Gemeentewet. In artikel 169 Gemeentewet¹⁶¹ is de plicht opgenomen om zowel uit eigen beweging als op verzoek informatie te verschaffen en daarnaast een verantwoordingsplicht (in lid 1).

1. (...)
2. Zij (het college en elk van zijn leden afzonderlijk) geven de raad alle inlichtingen die de raad voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft.
3. Zij geven de raad mondeling of schriftelijk de door een of meer leden gevraagde inlichtingen, tenzij het verstrekken ervan in strijd is met het openbaar belang.
4. Zij geven de raad vooraf inlichtingen over de uitoefening van bevoegdheden, bedoeld in artikel 160, eerst lid onder e, f, g en h, indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In het laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.
5. (...)

In het tweede lid van dit artikel is een algemene actieve inlichtingenplicht opgenomen. In het vierde lid wordt een aantal specifieke bevoegdheden genoemd waarover de raad actief moet worden geïnformeerd. Artikel 160 eerste lid onder e, waarnaar in het vierde lid wordt verwezen, ziet op de bevoegdheid van het college om te besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Dit kan het uitoefenen van aandeelhoudersbevoegdheden mede omvatten.

In het derde lid staat een plicht van het college om informatie te verschaffen op verzoek van de raad die zijn grens vindt in de verschoningsgrond: het openbaar belang. Deze term lijkt op de in artikel 68 Grondwet genoemde term: het algemeen belang. Ook dit is een vage term die bovendien zeer ruim is.

4.4.6 Informatieverstrekking en concurrentie

4.4.6.1 Inleiding

Afhankelijk van de mate van concurrentie, de te dienen publieke belangen en de inzet van andere instrumenten bestaat behoefte aan verschillende vormen van informatieverstrekking. Ten eerste informatieverstrekking met een ontwerpfunctie die nodig is om de markt goed te laten werken. Daarnaast is behoefte aan informatieverstrekking met een controlefunctie en als na inzet daarvan dan overtredingen worden geconstateerd eventueel ook met een correctiefunctie.

4.4.6.2 Informatieverstrekking met een ontwerpfunctie

Als sprake is van concurrentie tussen marktsegmenten of concurrentie op de markt, is er behoefte aan informatie bij de consument, zodat deze een adequate afweging kan maken tussen verschillende aanbieders waaruit hij kan kiezen. Het gaat dan om het opheffen van informatie-asymmetrie zodat de markt zo goed mogelijk kan werken. Informatieverstrekking in deze zin vervult een ontwerpfunctie. Informatieverstrekking bij concurrentie tussen marktsegmenten en bij concurrentie op de markt (voor zover het gaat om de leveringsmarkt) kan

¹⁶¹ Art. 167 Provinciewet.

bestaan uit passieve of actieve openbaarmaking. Voor passieve openbaarmaking gaat het in het bijzonder om sectorspecifieke openbaarmakings- of informatieverplichtingen. De algemene openbaarmakingsplicht voor vennootschappen om de jaarrekening te publiceren is onvoldoende voor consumenten om een keuze op de baseren. De jaarrekening kan hoogstens duidelijkheid verschaffen over de financiële positie van de onderneming maar voorziet niet in informatie over kwaliteit van een product en de gehanteerde tarieven. Om ervoor te zorgen dat ook deze informatie bekend kan worden bij consumenten zijn dus aanvullende openbaarmakingsinstrumenten noodzakelijk.

De wetgever veronderstelt bij de introductie van concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt dat consumenten een rationele afweging maken. Dit is echter niet altijd het geval. Hier moet altijd op worden gelet bij het toepassen van deze concurrentievorm en daarom kan niet worden volstaan met een bepaalde mate van transparantie maar moet de relevante informatie ook gestalte krijgen in een vorm die overzichtelijk is voor consumenten. Dit kan worden georganiseerd door de betrokken ondernemingen te verplichten bepaalde gegevens aan de marktautoriteit te verstrekken en openbaar te maken. Vervolgens kan de marktautoriteit de informatie vertalen naar goed vergelijkbare gegevens en deze presenteren.

Een voorbeeld hiervan zijn websites waarop mobiele telefoontarieven of energietarieven van verschillende aanbieders op overzichtelijke wijze worden gerangschikt. Ook de Nma maakt regelmatig openbaar hoe verschillende energiebedrijven scoren op tarieven, klantvriendelijkheid, milieueffecten etc. (zie bijvoorbeeld www.energiewereld.nl).

Dergelijke initiatieven hoeven niet per definitie van de overheid te komen, maar kunnen ook door het maatschappelijk middenveld of het bedrijfsleven worden opgepakt. Als dit niet gebeurt of als deze informatie niet betrouwbaar is, kan de wetgever aan een marktautoriteit opdragen voor een dergelijke overzichtelijke presentatie van informatie te zorgen. Los van de juiste presentatie van de informatie kan in nutssectoren niet per definitie worden volstaan met het verstrekken van de juiste informatie op de juiste wijze. Gebleken is namelijk gebleken dat consumenten niet altijd een rationele afweging maken. Er blijft derhalve – gelet op de publieke belangen die in de nutssectoren een nadrukkelijke rol spelen (in de ene meer dan in de andere) – behoefte aan aanvullende regulering. Het kunnen beschikken over de juiste informatie alleen is niet genoeg om de publieke belangen in kwestie te borgen.

Bij concurrentie om de markt is het van belang dat het bestuursorgaan dat de opdracht verleent, voldoende informatie heeft om zijn keuze voor een bepaalde onderneming op te baseren. Ondernemingen die om de opdracht concurreren zullen in beginsel niet erg terughoudend zijn om informatie te verstrekken. Maar ook zij hebben informatie nodig over de specifieke opdracht. Bij structurele concurrentie om de markt is er vrijwel altijd een zittende concurrent die beschikt over een informatievoorsprong. Het is van belang dat deze concurrent aan het bestuursorgaan informatie geeft met betrekking tot de opdracht. Aangezien deze hier zelf geen baat bij heeft, is het van belang deze plicht om te informeren een wettelijke (en daarmee afdwingbare) basis te geven.

Zie bijvoorbeeld artikel 46, eerste lid, Wet personenvervoer 2000 waarin staat geregeld dat een concessiehouder desgevraagd binnen de door de concessieverlener gestelde termijn aan de concessieverlener gegevens verstrekt die noodzakelijk zijn voor de voorbereiding van de aanbesteding van een concessie. Het derde lid van dit artikel luidt: 'De gegevens kunnen openbaar worden gemaakt in het programma van eisen, voor zover het belang van openbaarmaking opweegt tegen het belang van het voorkomen van een onevenredige benadeling van de concessiehouder.' Artikel

10 van de Wob is niet van toepassing. Dit laatste impliceert mijns inziens dat van de onevenredigheid die hier wordt bedoeld minder snel sprake is dan van een uitzonderingsgrond op grond van artikel 10 van de Wob.

4.4.6.3 *Informatieverschaffing met een controlefunctie*

Bij het toepassen van elke concurrentiemodaliteit is behoefte aan instrumenten die dienen om te controleren of de instrumenten van het basale marktontwerp worden nageleefd en of zij goed werken, zodat vastgestelde publieke belangen geborgd worden. Specifieke informatieverplichtingen en politieke openbaarmaking vervullen een controle-functie.

Als sprake is van concurrentie om de markt of van benchmarking is politieke openbaarmaking en informatieverstreking van belang. In deze situaties kan de consument immers niet rechtstreeks invloed uitoefenen op de betrokken onderneming. De consumenten zijn gebonden aan de door de overheid aangewezen organisatie en kunnen zelf niet kiezen tussen verschillende aanbieders. Het is daarom van groot belang dat bestuursorganen/overheden bij deze concurrentievormen beschikken over voldoende invloed door middel van (andere) instrumenten en om die instrumenten op een goede manier in te zetten, moeten zij over de relevante informatie beschikken.

Specifieke informatieverplichtingen dienen er doorgaans voor om te kunnen controleren of publieke belangen worden geborgd. Door politieke openbaarmaking wordt de volksvertegenwoordiging geïnformeerd over het borgen van publieke belangen. Aan deze controle is uiteraard altijd behoefte. Deze behoefte is echter dringender in het geval dat de overheid de sturende factor is op een gereguleerde markt, zoals het geval is bij concurrentie om de markt of benchmarking. Als aan het licht komt dat publieke belangen niet worden geborgd, is de overheid immers de eerst aangewezen om de problemen op te lossen. Hiervoor dient zij over de relevante informatie te beschikken.

Hiermee wil ik niet betogen dat als sprake is van meer concurrentie er minder behoefte is aan informatieverschaffing met een controlefunctie; in sterker concurrerende sectoren ligt echter de verantwoordelijkheid in mindere mate bij de bestuursorganen die onder politieke verantwoordelijkheid functioneren omdat daar doorgaans marktautoriteiten bevoegdheden hebben om in te grijpen. In deze sectoren zal de nadruk moeten liggen op sectorspecifieke informatieverplichtingen en niet op politieke openbaarmaking.

4.4.6.4 *Instrumenten met een correctiefunctie*

Naming and shaming is een vorm van openbaarmaking met een correctiefunctie. Dit is een zeer ingrijpend instrument temeer daar een slechte reputatie in een concurrerende omgeving kan leiden tot aanzienlijke schade. Hoewel men zou verwachten dat een dergelijke handeling gelet op het ingrijpende karakter een wettelijke grondslag behoeft vanwege het legaliteitsbeginsel, is de juridische status van *naming and shaming* echter nog niet volledig duidelijk. Het publiceren van een sanctie of het bij wijze van sanctie publiceren gebeurt niet altijd met een wettelijke grondslag. Hiervoor bleek dat als er geen sprake is van een wettelijke grondslag de bestuursrechter een openbaarmakingshandeling niet kwalificeert als besluit gelet op het ontbreken van rechtsgevolg. Als de openbaarmaking wel plaatsvindt op een wettelijke grondslag (de Wob of een andere wet) is er volgens de jurisprudentie wel sprake van een besluit.

Deze situatie heeft tot gevolg dat voor een openbaarmakingshandeling met wettelijke grondslag toegang tot de bestuursrechter bestaat en voor eenzelfde handeling zonder wette-

lijke grondslag een beroep op de burgerlijke rechter moet worden gedaan. Hieraan kleven twee belangrijke nadelen: ten eerste bestaat het gevaar van uiteenlopende rechtspraak over in wezen dezelfde besluiten. Ten tweede toetst de burgerlijke rechter openbaarmakingshandelingen zeer terughoudend waar de bestuursrechter dat niet doet, hetgeen leidt tot een verschillende behandeling van in essentie gelijke situaties.

Om deze laatste reden en vanwege de ingrijpendheid van openbaarmakingshandelingen die ongunstig zijn voor de onderneming waarop de informatie ziet, verdient het aanbeveling dat alle vormen van *naming and shaming* op een wettelijke grondslag berusten, zodat (alleen) de bestuursrechter deze bestuurshandelingen kan toetsen.

Naming and shaming is een effectief instrument, maar heeft – anders dan veel andere instrumenten – het nadeel dat de effecten van dit instrument zeer moeilijk zijn terug te draaien. Als een onderneming eenmaal in een negatief daglicht is komen te staan in het maatschappelijke debat, is dit haast onherstelbaar. In het geval dat bepaalde informatie niet zou kloppen, is intrekking van de informatie geen optie. Het kwaad is reeds geschied, zou men kunnen zeggen. Om deze reden is naast een wettelijke grondslag ook een zeer zorgvuldige procedure noodzakelijk voordat tot een openbaarmakingshandeling wordt besloten.

4.4.7 Slotsom

De vraag die in de inleiding van deze paragraaf gesteld werd, is op welke verschillende manieren het verstrekken van informatie of het openbaar maken ervan een rol kan spelen als instrument bij de borging van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om deze vraag te beantwoorden zijn hiervoor de partijen beschreven die behoefte hebben aan bepaalde informatie en de verschillende manieren van openbaarmaking en informatieverstrekking beschreven. Sommige vormen zijn publiekrechtelijk, sommige privaatrechtelijk en andere zelfs feitelijk van aard. Vervolgens is aangegeven welke rol informatieverstrekking en openbaarmaking kunnen spelen op de verschillende typen gereguleerde markten in nutssectoren en aan welke informatieverstrekking behoefte is bij welke concurrentiemodaliteit. Hierbij is tevens besproken welke functie informatieverstrekking vervult in voorkomende gevallen: een ontwerp- correctie- of controlefunctie.

In het voorgaande is gebleken dat er veel uiteenlopende vormen zijn van het verstrekken of openbaar maken van informatie die ieder een eigen rol spelen op gereguleerde markten in nutssectoren. Aan sommige vormen informatieverstrekking of openbaarmaking kleven juridische haken en ogen. Zo bleek dat *naming and shaming* vaak een wettelijke grondslag ontbeert hetgeen gelet op de ingrijpendheid van het instrument op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel. Verder bleek dat het parlement informatie van de regering uiteindelijk niet kan afdwingen.

Daarnaast is gebleken dat bij bepaalde concurrentiemodaliteiten informatieverstrekking en openbaarmaking een andere rol spelen dan bij andere concurrentiemodaliteiten. Gesteld zou kunnen worden dat de grootste behoefte aan informatie steeds bij de 'sturende' partij ligt als het gaat om openbaarmaking met een ontwerpfunctie. De sturende partij is niet in elke concurrentiemodaliteit dezelfde. In het ene geval is het bijvoorbeeld de consument en in het andere geval het bestuursorgaan dat de opdracht verleent.

Er wordt veel van concurrentie verwacht bij de modaliteiten concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt (bij deze laatste voor zover het gaat om de leveringsmarkt). Bij deze concurrentiemodaliteiten zijn de consumenten de sturende partij. De ondernemingen concurreren om de gunst van de consument. De consument maakt een keu-

ze. Om deze reden is het van belang bij het borgen van publieke belangen, in juist deze markten, dat de consument over voldoende informatie beschikt om een rationele keuze te maken – voor zover deze daartoe in staat en bereid is. De overheid heeft een verantwoordelijkheid dat voldoende betrouwbare en relevante informatie voorhanden is omdat het niet vanzelfsprekend is dat die informatie beschikbaar is. Het feit dat de consument niet altijd in staat en bereid is om een rationele keuze te maken, betekent dat openbaarmaking als instrument op zichzelf nooit voldoende zal zijn – ook niet in deze markten waarop sprake is van een hoge concurrentiedruk. Daarom blijft er behoefte op deze markten aan instrumenten met een controle- en correctiefunctie.

Voor het goed benutten van de informatie door de consument is het van belang dat deze informatie toegankelijk wordt gemaakt. Aan deze informatiebehoefte van de consument kan tegemoet worden gekomen door het opleggen van verplichtingen aan de ondernemingen om op een bepaalde manier in de informatiebehoefte te voorzien. Dit kan ook worden overgelaten aan particulier initiatief, of als dit onvoldoende tot stand komt of niet adequaat functioneert, aan een marktautoriteit worden opgedragen.

Waar sprake is van concurrentie om de markt, is het bestuursorgaan dat een opdracht aanbesteedt de sturende partij op de markt. Hierbij is het van belang dat dit bestuursorgaan de juiste informatie heeft om te kunnen beoordelen aan welke onderneming de opdracht moet worden gegund. Bij de zwakste concurrentiemodaliteit: *benchmarking* ligt de nadruk juist op politieke openbaarmaking met een ontwerpfunctie en een controlefunctie. Hierbij is ervan uitgegaan dat de betrokken minister verantwoordelijk is voor de benchmark.

4.5 Vergunning & concessie

4.5.1 Inleiding

Een in Nederland sinds lange tijd gebruikte vorm van regulering is het vergunningensysteem. De vergunning is een van de meest gebruikte juridische middelen om gedragingen van burgers te sturen.¹⁶² Dit instrument wordt in het algemeen gezien als zeer ingrijpend voor de burger. Een bepaalde handeling is immers verboden tenzij een burger of een onderneming daarvoor individuele toestemming krijgt.¹⁶³ Bovendien vergt de inzet van dit instrument veel overheidsinspanning. Daarom wordt het van belang geacht dat een dergelijk instrument pas wordt ingezet wanneer het maatschappelijke handelen niet met minder vergaande instrumenten kan worden bereikt.¹⁶⁴ Ook specifiek in de marktordening van nutssectoren wordt dit instrument gehanteerd. In deze paragraaf staan vergunningen waarmee men wordt toegelaten tot de markt centraal.¹⁶⁵ Een bijzonder type vergunning dat toegang tot de markt biedt als monopolist, is de wettelijke concessie voor diensten (hierna de concessie).¹⁶⁶

De concessie is een juridisch instrument voor regulering met een lange geschiedenis dat de laatste tijd weer in populariteit toeneemt. In nutssectoren waar concurrentie tussen verschillende markten of op een markt praktisch geen optie is, kan worden teruggevallen op concurrentie om de markt. Een instrument dat wordt gebruikt bij concurrentie om de markt is de concessie. Het bevoegde bestuursorgaan verleent de concessie aan één partij. Verschillende concurrenten strijden dan om het verkrijgen van dit tijdelijke exclusieve recht om een (nuts)dienst te verrichten. Dit is een wettelijk monopolie.

De vergunning en de concessie kunnen in nutssectoren als instrument dienen om aan gegadigde ondernemingen toegang tot de markt te verlenen. Met behulp van dit instrument houdt de overheid zicht en grip op de aanbodzijde van de markt en kan zij vooraf eisen stellen aan ondernemingen die tot de markt toetreden.

Een voorbeeld van de vergunning als instrument om toegang tot de markt te verlenen is de vergunning die het recht geeft om elektriciteit te leveren aan kleinverbruikers. Zonder deze vergunning is het verboden om deze activiteit te verrichten. Aan deze vergunning zijn verschillende voorschriften verbonden zoals een leveringsplicht, het hanteren van een redelijke prijs en bepaalde consumentenbescherming. In beginsel is er geen limiet op het aantal te verlenen vergunningen. De vergunninghouders concurreren met elkaar.¹⁶⁷

Een ander voorbeeld is de concessie die bij uitsluiting van anderen toegang verleent tot de markt aan slechts één vervoerder die het stads- en streekvervoer in een bepaalde regio mag gaan verzorgen. Er wordt toegang verleend tot een monopolistische markt, waar geen sprake is van concurrentie met andere vervoerders.¹⁶⁸

¹⁶² De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 472.

¹⁶³ Zie voor de juridische positie van de vergunning, Van Ommeren 1996, p. 148 e.v.

¹⁶⁴ Rapport vergunningen 1996, p. 9 en Rapport Eenvoudig vergunnen 2005, p. 10.

¹⁶⁵ Vergunningen die niet specifiek zijn voor nutssectoren, zoals de milieuvergunning of de bouwvergunning, worden hier buiten beschouwing gelaten.

¹⁶⁶ De concessie voor werken wordt hier buiten beschouwing gelaten evenals de concessie zonder wettelijke grondslag daar het zich moeilijk laat denken dat deze instrumenten een rol zouden spelen bij het verlenen van toegang tot de markt.

¹⁶⁷ Zie nader paragraaf 6.7.4.

¹⁶⁸ Zie nader paragraaf 7.7.2.

Andere vormen van overheidstoestemming om een activiteit te verrichten zoals de vrijstelling en de ontheffing worden hier niet besproken. Samen met de concessie en de vergunning in de hier besproken enge zin, kunnen deze instrumenten worden opgevat als vergunningen in ruime zin.¹⁶⁹ Deze vormen van toestemming berusten op de veronderstelling dat het onwenselijk is dat een activiteit wordt uitgeoefend, maar dat hier niettemin uitzonderingen op mogelijk zijn.¹⁷⁰ In nutssectoren is het nu juist de bedoeling dat bepaalde activiteiten worden uitgeoefend en daarom ligt het gebruik van de concessie en de vergunning voor de hand. De overheid staat positief tegenover een activiteit als daarvoor een concessie wordt verleend. Tegenover de vergunning staat de overheid in beginsel indifferent: zij vindt het in het algemeen goed als deze wordt uitgeoefend.¹⁷¹ De figuren van vrijstelling en ontheffing als instrument om toegang tot de markt te verlenen, komt men in de hier onderzochte sectoren dan ook vooralsnog niet tegen.

In deze paragraaf wordt een antwoord gegeven op de vraag welke rol de vergunning en concessie spelen bij het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om deze vraag te beantwoorden wordt de aard van deze instrumenten besproken. Hierbij wordt beschreven welke partijen deze instrumenten toepassen. Vervolgens wordt geanalyseerd in welke concurrentiemodaliteiten zij een rol kunnen spelen en beoordeeld in hoeverre dit geschikte instrumenten zijn om in te zetten op gereguleerde markten in nutssectoren.

Hierna wordt besproken welke motieven doorgaans een rol spelen bij de keuze van de wetgever voor een vergunning- of concessiestelsel (4.5.2). Hieruit kan worden afgeleid welke rol de vergunning en de concessie kunnen spelen op gereguleerde markten in nutssectoren. Vervolgens komt aan de orde welke partijen hierbij zijn betrokken in nutssectoren (4.5.3) en welke juridische aard de vergunning en de concessie hebben (4.5.4-4.5.5). Daarna worden de vergunning en de concessie besproken in relatie tot concurrentie (4.5.6-4.5.7). Tot slot wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre met behulp van deze instrumenten kan worden ingegrepen door de overheid en hoe zij zich verhouding tot de verschillende concurrentiemodaliteiten (4.5.8).

4.5.2 Motieven

Veelal wordt niet expliciet gemotiveerd waarom, gelet op de te borgen publieke belangen, gekozen is voor een vergunningensysteem en niet voor een ander instrument.¹⁷² De keuze voor een vergunningstelsel wordt bepaald door verschillende motieven. Ten eerste kan de historische context bepalend zijn, omdat van oudsher voor deze situatie een vergunning wordt vereist en dit beleid niet is herzien.¹⁷³ Ten tweede wordt voor vergunning gekozen als behoefte bestaat aan maatwerk. Dit maatwerk heeft te maken met de behoefte aan de mogelijkheid om individuele belangen af te wegen.¹⁷⁴ 'Met maatwerk wordt bedoeld dat een individuele afweging van belangen nodig is, omdat de omvang van het beschermde belang en het belang van de aanvrager per geval sterk verschillen, dan wel het nodig is individuele gedragingen of handelingen door individuele voorschriften te reguleren en daarop toezicht uit

¹⁶⁹ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 196 (noot 186) en Van Ommeren 2004, p. 2 (noot 3) onder verwijzing Van der Pot 1932, p. 201-230.

¹⁷⁰ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 197.

¹⁷¹ Van der Pot 1932, p. 222.

¹⁷² Rapport vergunningen 1996, p. 20.

¹⁷³ Zie Houweling 2006, p. 20.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 656, nr. 5, p. 3.

te oefenen,' aldus Houweling.¹⁷⁵ Als een concrete belangenafweging noodzakelijk is, bieden algemene regels immers geen goede uitkomst. De historische context speelt geen belangrijke rol in de regulering van nutssectoren daar er juist in deze sectoren gelet op de recente liberalisering veel verandert. Het vasthouden aan enige historische context is daarom geen valide afweging voor de wetgever. Als een individuele belangenweging gewenst is, is de vergunning derhalve een geschikt instrument.

Daarnaast wordt als motief voor het gebruiken van de vergunning wel gebruikt dat de beoordeling van het handelen meer aan de overheid en minder aan de burger wordt overgelaten. Met andere woorden: als voor een vergunningsinstrument wordt gekozen is sprake van minder vertrouwen in de betrokken partij, terwijl als met algemene normen wordt volstaan, sprake is van meer vertrouwen.¹⁷⁶

Voor concurrentie om de markt wordt gekozen als de economische kenmerken van de sector ertoe aanleiding geven een begremsd territoriaal monopolie in te stellen. Vervolgens ligt een concessie voor diensten als markttoegangs- en regulerend instrument vervolgens voor de hand. Net als bij een vergunning is het verrichten van de betrokken dienst zonder concessie verboden. De concessionaris is de enige partij die de handeling voor een bepaalde tijd wél mag verrichten. Men zou de concessie kunnen zien als een uiterst schaarse vergunning.

4.5.3 Partijen

Bij het instrument vergunning of concessie (hierna vergunning) is ten eerste de wetgever betrokken. Daar het verbieden van een handeling een ingrijpende bevoegdheid is, is gelet op het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag vereist. De wetgever heeft veel vrijheid bij het inrichten van een vergunning- of concessiestelsel. Deze vrijheid vindt zijn grenzen in het toepasselijke EU-recht. De wetgever kan voorwaarden stellen aan de vergunningverlening en bepalen welke voorschriften aan de vergunning moeten worden verbonden. Verder wordt in de wetgeving veelal aangegeven ten aanzien van welke onderwerpen eisen moeten of kunnen worden gesteld aan de uitvoering van de vergunde activiteit.

Zonder een vergunning voor het verrichten van collectief personenvervoer is het verboden om openbaar vervoer te verrichten. Om de vergunning te verkrijgen moet de vervoerder voldoen aan drie eisen: betrouwbaarheid, kredietwaardigheid en vakbekwaamheid.¹⁷⁷

Daarnaast speelt de vergunningverlenende instantie, een bestuursorgaan, een belangrijke rol. De vergunningverlener is een bestuursorgaan omdat zij met de vergunningverlening openbaar gezag uitoefent, of omdat zij tot de a-organen kan worden gerekend. Dit bestuursorgaan kan (afhankelijk van het wettelijke kader) al dan niet beleids- en beoordelingsvrijheid toekomen bij de vergunningverlening en bij het verbinden van voorschriften aan de vergunning.

Dezelfde partijen spelen *mutatis mutandis* een belangrijke rol bij de concessie als instrument om toegang tot de markt te verschaffen.

¹⁷⁵ Houweling 2006, p. 20.

¹⁷⁶ Deze visie wordt ondersteund door de nota Vertrouwen in wetgeving, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1.

¹⁷⁷ Art. 9 Wet personenvervoer 2000.

Zonder concessie mag geen openbaar vervoer worden verricht. Gedeputeerde staten of het bestuur van een plusregio verleent een concessie voor het verrichten van stads- en streekvervoer voor de duur van acht jaar.¹⁷⁸

Consumenten nemen diensten af van de vergunning- en concessiehouder. Het overheidsingrijpen door middel van de vergunning en concessie en de daaraan verbonden sturende regelgeving is erop gericht de publieke belangen te borgen die uiteindelijk de consumenten ten goede komen.

4.5.4 Vergunning: aard instrument

Een vergunningsstelsel is een publiekrechtelijk instrument dat sterkt ingrijpt in de vrijheid van particulieren.¹⁷⁹ De kern van dit stelsel is immers dat zonder overheidstoestemming bepaald gedrag verboden is. De vergunning vervult een ontwerpfunctie. Het bepaalt de toegang tot de sector, hetgeen deel uitmaakt van het basale marktontwerp. De betrokken activiteit mag pas worden ontplooid na voorafgaande overheidstoestemming.

De voorwaarden waaraan voldaan moet worden om een vergunning te verkrijgen, kunnen zeer uiteenlopend zijn. Soms moet aan zware eisen worden voldaan; in andere gevallen is het betrekkelijk eenvoudig om aan de vergunningvoorwaarden te voldoen. Men zou naar analogie van het ruimtelijk ordeningsrecht kunnen spreken van een 'zware' of een 'lichte' vergunningsplicht afhankelijk van de zwaarte van de toets waaraan de aspirant-vergunninghouder moet voldoen.¹⁸⁰

Om een vergunning te verkrijgen om elektriciteit te mogen leveren aan kleinverbruikers moet een onderneming voldoen aan een aantal voorwaarden. Ten eerste moet hij beschikken over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak en ten tweede moet hij redelijkerwijs in staat kunnen worden geacht de verplichtingen als opgenomen in de Elektriciteitswet na te komen (zie artikel 95d Elektriciteitswet). Deze voorwaarden zijn nader uitgewerkt in een ministeriële regeling.¹⁸¹ Dit zou men kunnen duiden als een lichte vergunningsplicht. Iedereen die aan de – niet al te zware – eisen voldoet, verkrijgt de vergunning.

Ook het aantal vergunningen dat wordt verleend om een bepaalde activiteit uit te oefenen kan uiteenlopen. In sommige gevallen wordt aan een ieder die aan de eisen voldoet en daarom verzoekt een vergunning verleend om toegang tot de markt te krijgen. In andere gevallen zijn de vergunningen schaars en moeten deze worden verdeeld wanneer er meerdere geïnteresseerden zijn die aan de gestelde voorwaarden voldoen.¹⁸²

De overheid heeft door te kiezen voor een vergunningensysteem veel grip op de uitoefening van de activiteit. Ten eerste beslist zij of de activiteit mag worden uitgeoefend en vervolgens kan worden bepaald op welke wijze dit zal gebeuren, waarbij het mogelijk is om gedetailleerde eisen te stellen. In hoeverre dit gebeurt, is mede afhankelijk van de grondslag voor het vergunningensysteem in de wet. In het algemeen kan gezegd worden dat een vergunningensysteem de overheid uiteindelijk de ultieme grip biedt, daar de activiteit alleen met overheidstoestemming mag worden verricht en de overheid aan de vergunning voorschriften kan verbinden. In zoverre kan de vergunning ook een controlerende functie vervullen.

¹⁷⁸ Art. 20 en 24 Wp 2000.

¹⁷⁹ Zie voor de definitie van instrumenten paragraaf 4.1.2.

¹⁸⁰ In de Woningwet worden deze termen expliciet gehanteerd. Zie Van Buuren e.a. 2009, p. 191 e.v.

¹⁸¹ Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers, *Stb.* 2003, 207.

¹⁸² Zie over de verdeling van schaarse vergunningen Van Ommeren 2004.

4.5.5 Concessie: aard instrument

De concessie voor diensten is net als de vergunning een ingrijpend instrument. Hier gaat het om de concessie als methode om concurrentie om de markt te organiseren. De concessie verschaft een onderneming een recht en tevens de plicht om bij uitsluiting van anderen een bepaalde tijd een bepaalde dienst in een bepaald gebied te leveren.¹⁸³ Het gaat hierbij doorgaans om diensten van algemeen economisch belang. Een concessie vervult een ontwerpfunctie en moet bij voorkeur in wetgeving in formele zin worden verankerd.

Een concessie kan worden beschouwd als een bijzonder type vergunning. Er is een aantal fundamentele verschillen tussen de vergunning in enge zin en de concessie. Ten eerste is de concessiehouder verplicht om de bij concessie aan hem opgedragen taak uit te voeren. Dit is bij een vergunning niet zonder meer het geval. Ten tweede heeft de concessiehouder recht op de bijdragen van consumenten die de exploitatie hem oplevert.¹⁸⁴ Verder is een materieel verschil dat de concessie altijd expliciet is verbonden met het verrichten van een dienst die in het algemeen belang wordt geacht. Vandaar dat de uitvoering ervan ook verplicht wordt.

Juridische analyse heeft de volgende materiële definitie van de concessie opgeleverd: een concessie is een exclusief recht dat door een bestuursorgaan wordt verleend aan een onderneming om activiteiten te verrichten die in het algemeen belang worden geacht. De onderneming draagt het exploitatierisico en is tevens verplicht de geconcedeerde activiteit uit te oefenen.¹⁸⁵

In de juridische literatuur is geen overeenstemming over het formele rechtskarakter van de concessie.¹⁸⁶ Er wordt geconcludeerd dat de concessie zowel een publiekrechtelijk als privaatrechtelijk karakter kan hebben, zij het dat de meeste concessies inmiddels publiekrechtelijk geregeld zijn.¹⁸⁷ Door anderen wordt betoogd dat concessies een publiekrechtelijk karakter hebben.¹⁸⁸ Hier wordt de concessie gezien als een instrument dat de wetgever zou kunnen gebruiken om publieke belangen te borgen. De hier besproken concessie is een publiekrechtelijk instrument omdat de bevoegdheid om de concessie te verlenen een wettelijke grondslag heeft.

Een voorbeeld van concessieverlening is te vinden in de openbaar vervoersector. In het stads- en streekvervoer is (met uitzondering van de vier grote steden) elke regio (er zijn er 16) verplicht om elke acht jaar één of meerdere concessies aan te besteden.¹⁸⁹

De wetgever heeft, net als bij de vergunning, vrij veel vrijheid bij het vormgeven van een concessiesysteem. Ten eerste is er vrijheid ten aanzien van de procedure voorafgaand aan de verlening van de concessie. Zo kan de wetgever bepalen dat een concessie periodiek moet worden aanbesteed, maar ook dat de concessie onderhands kan worden gegund. Er zijn in bepaalde sectoren echter grenzen aan deze vrijheid die voortvloeien uit het EU-recht, zoals eerder besproken.¹⁹⁰

¹⁸³ Van Ommeren 2004, p. 17.

¹⁸⁴ Van Ommeren (XIV. Overheid en burgerlijk recht), par. 5.7.1.

¹⁸⁵ Vrij naar Nijhof 2000, p. 124 en Dankers-Hagenaars 2000, p. 373.

¹⁸⁶ Zie voor de definitie van instrumenten paragraaf 4.1.2.

¹⁸⁷ Dankers-Hagenaars 2000, p. 378.

¹⁸⁸ Nijhof 2000, p. 247. Van Ommeren 1987, p. 334-342.

¹⁸⁹ Art. 20 Wp 2000.

¹⁹⁰ Zie hoofdstuk 2 en de paragrafen 2.3, 3.3, 4.3 en 5.3.

Daarnaast geniet de wetgever vrij veel vrijheid ten aanzien van de inhoud van de concessie. Hij kan bepalen of en in welke mate de concessieverlener over discretionaire bevoegdheid beschikt bij het bepalen van de inhoud van de concessie en onder welke voorwaarden een concessie kan worden verleend, gewijzigd of ingetrokken. Ook kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de concessiehouder bij gebrekkige nakoming van de concessie een boete verschuldigd is.

Zoals hiervoor reeds opgemerkt heeft de hier besproken wettelijke concessie een publiekrechtelijk karakter. Daarmee is echter nog niet alles gezegd over het juridisch karakter van de concessie. De wettelijke concessie voldoet aan alle besluitvereisten van de Awb: de concessie is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.¹⁹¹ Zij kan derhalve worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb, in het bijzonder een (persoonsgebonden) beschikking; de concessie is immers niet van algemene strekking maar richt zich tot een concrete onderneming.¹⁹²

Een kenmerk waarin de concessie zich onderscheidt van de vergunning is het meerzijdig karakter ervan. Een meerzijdige rechtshandeling laat zich omschrijven als een rechtshandeling waarbij voor het intreden van rechtsgevolg samenwerking van twee of meer personen nodig is.¹⁹³

Volgens de wetgever staat het beschikkingskarakter van de openbaar vervoerconcessie niet in de weg aan onderhandeling en overleg over (het verlenen van) de concessie.¹⁹⁴ Het consensuele karakter van de concessie wordt expliciet door de regering onderkend. Zo stelt zij in de paragraaf getiteld 'Het consensuele karakter van de concessie' dat het bestuursorgaan het concessiebesluit pas zal vaststellen 'indien er over de inhoud consensus is bereikt met de geadresseerde'.¹⁹⁵

Hieruit kan worden afgeleid dat de rechtshandeling pas tot stand kan komen wanneer door beide partijen een handeling is verricht, zoals dat gebeurt bij het prototype van de meerzijdige rechtshandeling, de overeenkomst, door aanbod en aanvaarding. Formeel is er voor de rechtshandeling van het verlenen van een concessie weliswaar geen handeling van de aanstaande concessiehouder noodzakelijk. Toch laat het zich moeilijk denken dat een concessieverlener zonder overleg met en instemming van de aanstaande concessiehouder een concessie zal verlenen. De parlementaire geschiedenis die hiervoor is aangehaald, wijst ook in deze richting.

Bovendien geldt bij de concessie een plicht tot nakoming ervan door de concessiehouder. Voor zover deze plicht rechtstreeks is terug te voeren op de wet is dat de bron van binding van de concessiehouder. In een concessie worden echter ook aan de concessiehouder plichten opgelegd, die niet rechtstreeks op de wet zijn terug te voeren. De gebondenheid van de concessiehouder aan deze plichten kan slechts worden verklaard door het overeenkomstkarakter van de concessie.¹⁹⁶ De beschikking wordt derhalve eenzijdig verleend en heeft rechtsgevolg. Maar pas na aanvaarding van de concessie door de concessiehouder wordt hij ook gebonden aan de voorwaarden die niet rechtstreeks uit de wet volgen.

Het tweezijdige karakter van de concessie en de nakomingsplicht wijzen erop dat de concessie ook een overeenkomstkarakter kent. De wettelijke concessie zou derhalve naar

¹⁹¹ Art. 1:3 lid 1 Awb.

¹⁹² Art. 1:3 lid 2 Awb.

¹⁹³ Asser/Hartkamp 2005, p. 4.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 456, nr. 3, p. 12.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II 1999/00*, 27 216, nr. 3, p. 9.

¹⁹⁶ In gelijke zin over de vergunning met verplichtende voorwaarden: Van Ommeren 1996, p. 351.

mijn mening naast als beschikking naar huidig recht tevens moeten worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke overeenkomst.¹⁹⁷

Vanwege het gebrek aan overeenstemming in de literatuur over het overeenkomst- of besluitkarakter van de concessie, is het raadzaam om in de wet op te nemen bij welke rechter beroep kan worden ingesteld.

Dit is bijvoorbeeld gebeurd in de Wet personenvervoer 2000. In deze wet bevindt zich de grondslag voor de concessieverlening in het stads- en streekvervoer. In artikel 20 wordt bepaald dat vervoersautoriteiten bevoegd zijn om deze concessies te verlenen. Vervolgens wordt in artikel 105, eerste lid van deze wet bepaald dat tegen een besluit op grond van de Wet personenvervoer 2000 beroep kan worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

Gezien het feit dat het gaat om een publiekrechtelijke bevoegdheid lijkt de bestuursrechter het meest aangewezen. In de hier besproken sectoren gaat het meer in het bijzonder om de economische bestuursrechter: de rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van beroep voor het bedrijfsleven of rechtstreeks beroep bij dit college.

4.5.6 Vergunning en concurrentie

Een vergunning heeft een ontwerpfunctie en kan in nutssectoren worden gebruikt om toegang tot de markt te verlenen. De vergunning leent zich in deze zin voor toepassing in verschillende concurrentiemodaliteiten. Bij concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt kan de toegang tot de leveringsmarkt afhankelijk worden gesteld van een vergunning om te verzekeren dat de betrokken ondernemingen voldoen aan bepaalde eisen voordat zij nutsdiensten mogen leveren. Het doel van de vergunning is dan het borgen van publieke belangen. Er kunnen voorwaarden worden gesteld aan financiële, organisatorische en technische kwaliteiten. Verder kunnen aan de vergunning voorschriften worden verbonden ten aanzien van verschillende onderwerpen. Zo kunnen eisen worden gesteld aan de gehanteerde tarieven en informatieverplichtingen worden opgelegd.

Voorwaarden aan vergunningen die markttoegang tot een concurrerende markt in een nutssector reguleren, hebben doorgaans een minder gedetailleerd karakter dan andere vergunningen die voorkomen in het bestuursrecht, zoals de bouwvergunning en de milieuvergunning. Dit heeft ermee te maken dat eerstgenoemde vergunningen doorgaans geen maatwerk vergen. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, wordt met maatwerk bedoeld op een afweging van belangen die individueel moet plaatsvinden omdat steeds sprake is van verschillende gevallen.¹⁹⁸ Juist bij de markttoegangsvergunningen in nutssectoren blijkt echter dat er geen ruimte is om per onderneming een belangenafweging te laten plaatsvinden. Bovendien is maatwerk naar mijn mening ook onwenselijk omdat sprake moet zijn van een zogenaamd gelijk speelveld om concurrentie tot stand te brengen.

Een vergunning is een instrument met behulp waarvan bij uitstek middelvoorschriften kunnen worden vastgesteld die specifiek zijn gericht tot de betrokken aanvrager, gelet, bijvoorbeeld, op diens nalevingsverleden.¹⁹⁹ Een voorbeeld van een vergunning waarbij maatwerk aan de orde is, is de vergunning om een installatie voor geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging

¹⁹⁷ Ook: Van Ommeren (XIV. Overheid en burgerlijk recht), par. 5.7.2, Van Ommeren 1997, p. 354 en Nijhof 2000, p. 301.

¹⁹⁸ Zie paragraaf 4.5.2.

¹⁹⁹ Houweling 2006, p. 85.

te hebben op grond van artikel 8.1 Wet Milieubeheer. In de daarop volgende artikelen komt duidelijk naar voren dat per geval zal moeten worden gezien of bepaalde voorschriften al dan niet aan deze vergunning moeten worden verbonden.

Bij de vergunning om personenvervoer te moeten verrichten, moeten alle vervoerders voldoen aan dezelfde eisen en zijn zij vervolgens verbonden aan dezelfde voorschriften.²⁰⁰ Dit geldt eveneens voor de vergunning om elektriciteit te mogen leveren aan kleinverbruikers.²⁰¹ Van maatwerk is hierbij geen sprake en zoals reeds opgemerkt, is dit gelet op het creëren van een gelijk speelveld voor concurrentie ook ongewenst.

Het blijft ingrijpend dat een activiteit zonder vergunning niet mag worden uitgeoefend, maar wanneer wordt gesteld dat een ieder die aan relatief lichte eisen voldoet een vergunning zal krijgen, kan deze ingrijpendheid enigszins worden gerelativeerd.

De verklaring voor dit andere karakter van vergunningen die toegang tot de markt geven, is dat het gedrag van de vergunninghouder niet volledig kan worden gereguleerd omdat het nu juist de bedoeling is dat vergunninghouders met elkaar in concurrentie treden. De overheid moet ruimte laten voor een eigen afweging voor de vergunninghouders omdat concurrentie anders illusoir zou worden.

Aangezien sprake is van concurrentie is het van belang dat alle vergunninghouders die met elkaar strijden om de gunst van de consument in juridische zin een gelijke uitgangspositie hebben. Als met behulp van de vergunning tarieven worden gereguleerd is het niet de bedoeling dat er verschillen per vergunning zijn. De vraag rijst waarom dan toch in deze situatie voor een vergunningsstelsel wordt gekozen. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen is een concrete belangenafweging een motief om tot een vergunningsstelsel te besluiten. Een ander motief is de historische context. Dit motief is hier, gelet op de recente wijzigingen in de sectoren, niet valide. De vraag is welke motieven er dan toe leiden dat toch voor een vergunningstelsel wordt gekozen en niet voor algemene regels in combinatie met toezicht- en handhavingsbevoegdheden, waarbij als uiterste sanctie tijdelijke of permanente uitsluiting van de markt zou kunnen worden opgelegd. Denkbaar is dat deze laatste sanctie eenvoudiger te realiseren is door middel van het intrekken van een vergunning daar er een algemeen verbod geldt de betrokken activiteit te verrichten.

Een voorbeeld van een vergunning die geen concrete belangenafweging vergt, is de leveringsvergunning elektriciteit aan kleinverbruikers. In de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat dit instrument tijdelijk zou zijn en zou worden afgeschaft wanneer alle afnemers keuzevrijheid hebben.²⁰² Hoewel alle afnemers al enige tijd deze keuzevrijheid hebben, is de vergunning nog niet afgeschaft.

Ook bij concurrentie om de markt kan een vergunningsstelsel worden toegepast om toegang tot de markt te krijgen om mee te mogen concurreren om het verkrijgen van het wettelijke monopolie. Het is de vraag wat de rechtvaardiging is voor deze bureaucratische dubbele slag: een ondernemer moet een vergunning hebben om te kunnen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure om een concessie te kunnen verkrijgen. Ook in dit geval is het niet de bedoeling dat er een individuele belangenafweging plaatsvindt. De gegadigden voor de concessie moeten immers aan dezelfde minimumnormen voldoen om te kunnen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure. Het lijkt zinvol om te bezien of de toets voor de markttoegang

²⁰⁰ Zie paragraaf 7.7.3.

²⁰¹ Zie paragraaf 6.7.4.

²⁰² *Kamerstukken II 1997-98, 25 621, nr. 3, p. 8.*

als eis kan worden gesteld voor deelname aan de aanbestedingsprocedure. In dit geval kan de toets worden uitgevoerd door het bestuursorgaan dat de concessie verleent.

Op grond van de Wet personenvervoer 2000 is een vergunning vereist om openbaar vervoer te mogen verrichten, zoals hiervoor reeds naar voren kwam. Deze vergunning wordt verleend door de minister van Verkeer en Waterstaat.²⁰³ Pas als men in het bezit is van deze vergunning, kan men deelnemen aan een procedure ter verlening van een concessie. Zonder vergunning is het immers verboden om collectief personenvervoer te verrichten en daarom zou meedingen naar de concessie dan zinloos zijn.

Door Ten Heuvelhof en Stout wordt betoogd dat de vergunning, die zoals hiervoor besproken naar haar aard een eenzijdige handeling van een bestuursorgaan is, niet past in een stelsel dat marktachtig is georganiseerd.²⁰⁴ Dit standpunt wordt als volgt gemotiveerd. De essentie van een markt is dat een tweezijdig proces tussen vrager en aanbieder wordt gefaciliteerd. Dit proces resulteert in afspraken tussen vragers en aanbieders met daarin een *trade off* tussen prijs en kwaliteit. Het is echter, in deze redenering, maar zeer de vraag of de wil van de vergunningverlener de wil van de consument adequaat vertegenwoordigt. Het is passender de consument zelf direct zijn wensen aan de aanbieder te laten doorgeven.²⁰⁵ Dit lijkt op het eerste gezicht een terecht punt. Er zijn echter wel instrumenten om ervoor te zorgen dat de wil van de consument adequaat wordt vertegenwoordigd, zoals het verplicht raadplegen door een onderneming van consumentenorganisaties. Dit argument gaat op voor alle publiekrechtelijke instrumenten die eenzijdig worden opgelegd. Los van het feit dat een bestuursorgaan kan onderzoeken wat de voorkeuren van de consumenten zijn, is het wat mij betreft niet zo dat op grond van dit argument geen ruimte zou zijn voor publiekrechtelijke instrumenten in een marktachtige situatie. Dit doet niet af aan het feit dat de vergunning als instrument naar mijn mening terughoudend moet worden ingezet en daarbij moeten worden gelet op de vraag of er een individuele belangenafweging moet worden gemaakt. Als dit laatste niet nodig is, moet worden gezien of de vergunning een geschikt instrument is in situatie waarin ondernemingen rechtstreeks met elkaar concurreren.

4.5.7 Concessie en concurrentie

Een concessie heeft een ontwerpfunctie en kan in nutssectoren worden gebruikt om toegang tot de markt te verlenen. Een concessie moet worden aanbesteed om te kunnen spreken van concurrentie om de markt. In de praktijk is de concessie het instrument bij uitstek om concurrentie om de markt te organiseren. Aangezien de concessie een exclusief recht verleent, biedt het instrument geen mogelijkheden voor toepassing bij andere vormen van concurrentie. Omdat de concessie de concessiehouder een monopolie verschaft, is het bij de concessie niet problematisch en juist de bedoeling dat er geëtailleerde voorschriften worden vastgesteld.

In tegenstelling tot de vergunningen die toegang geven tot een concurrerende markt en die aan dezelfde normen onderworpen zouden moeten zijn, is er bij het hanteren van een wettelijke concessie bij concurrentie om de markt juist wel behoefte aan een concrete belangenafweging. Het gaat om (nationale of regionale) wettelijke monopolies waarbij het betrokken gebied bijvoorbeeld bepalend kan zijn voor de voorwaarden en voorschriften die aan de concessie moeten worden verbonden.

²⁰³ Artt. 4 en 5 Wp 2000.

²⁰⁴ Ten Heuvelhof & Stout 2007, p. 84.

²⁰⁵ Ten Heuvelhof & Stout 2007, p. 84.

Het hiervoor (4.5.6) aangehaalde in de bestuurskundige literatuur betoogde standpunt dat de vergunning niet past in een marktachtige omgeving gaat in beginsel evenzeer op voor de concessie. Ook hierbij is het immers sterk de vraag of de wil van de concessieverlener wel overeenkomt met de wil van de consument. Ook hier kan dit probleem worden gerelativeerd door inzet van instrumenten waardoor inspraak van de consument wordt gerealiseerd. Hierbij geldt evenzeer dat dit probleem kan worden ondervangen.

Voordat een concessie wordt verleend of gewijzigd, is de concessieverlener gehouden advies te vragen aan de consumentenorganisaties.²⁰⁶ Hiermee is nog niet gezegd dat de wil van de concessieverlener en de consument op één lijn zijn gebracht, maar in ieder geval wordt kennis genomen van de wil van de consument.

4.5.8 Slotsom

De keuze voor een vergunning- of concessiestelsel om een gereguleerde markt te ontwerpen impliceert een grote behoefte aan grip van de overheid. Beide instrumenten worden in nutssectoren ingezet om toegang tot de markt te verlenen. De vergunning is een publiekrechtelijk instrument dat zich in beginsel leent voor het verlenen van toegang tot de markt in de volgende modaliteiten: concurrentie tussen marktsegmenten, concurrentie op de markt en concurrentie om de markt. De concessie is een instrument met een gemengd karakter (publiek- en privaatrechtelijke trekken) dat zich bij uitstek leent voor het verlenen van toegang na concurrentie om de markt.

Het is echter de vraag of de vergunning wel een geschikt instrument is om de markttoegang te reguleren tot markten waarin de vergunninghouders met elkaar concurreren. Het leidende motief om voor een vergunningensysteem te kiezen zou de noodzaak moeten zijn voor een individuele belangenafweging. Als deze noodzaak aanwezig is en tot een vergunningensysteem wordt besloten, heeft de wetgever de vrijheid (behoudens beperkingen als gevolg van het EU-recht) om de vergunning vorm te geven.

Het verbaast niet, gelet op de spanning tussen intensieve overheidsbemoeienis en concurrentie, dat de toepassing van vergunningen op gereguleerde markten doorgaans een ander karakter heeft dan vergunningen die elders in het bestuursrecht worden aangetroffen, zoals de bouwvergunning en de milieuvergunning. De vergunningen die beogen publieke belangen te borgen op gereguleerde markten dienen bepaalde minimumnormen aan te geven waaraan zou moeten worden voldaan, maar als te gedetailleerd zou worden geregeld hoe een bepaalde dienst zou moeten worden uitgevoerd in de praktijk, zou concurrentie illusoir worden.

Er bestaat in deze sectoren een zekere spagaat waarin de wetgever enerzijds steeds zal moeten afwegen of hetgeen hij wil regelen met behulp van de vergunning voldoende is om publieke belangen te borgen en anderzijds steeds zal moeten afwegen of het wel echt noodzakelijk is om dit met behulp van dit instrument te regelen.

Naar mijn mening is de vergunning als instrument om toegang te verlenen tot de markt, echter niet het juiste instrument om de betrokken publieke belangen te borgen. Juist omdat een gelijk speelveld moet worden gecreëerd, immers een voorwaarde voor de totstandkoming van concurrentie, is er helemaal geen ruimte voor een individuele belangenafweging. Met het oog hierop zou ook kunnen worden volstaan met het vaststellen van algemene regels.

²⁰⁶ Art. 27 Wp 2000.

De wettelijke concessie op grond waarvan een onderneming een wettelijk monopolie verkrijgt, is specifiek gerelateerd aan de concurrentiemodaliteit concurrentie om de markt. Ook hier zal, met inachtneming van de beperkingen die voortvloeien uit het EU-recht, een afweging moeten worden gemaakt of deze vorm van concurrentie gelet op de economische kenmerken van de sector en de te borgen publieke belangen een juiste keuze is. Als eenmaal wordt gekozen voor deze concurrentiemodaliteit dan is de wettelijke concessie in het Nederlands bestuursrecht een geschikt instrument om de sector te ordenen.

Op het moment dat voor een wettelijk concessiesysteem wordt gekozen, dient ook hier de wetgever af te wegen welke voorwaarden en voorschriften aan een concessie zouden moeten of mogen worden verbonden gelet op de te borgen publieke belangen. Hierbij speelt echter een andere dimensie een rol dan bij de markttoegangsvergunning. Het concurrentiemoment is immers gepasseerd. De wetgever zal daarom niet terughoudend hoeven zijn met voorwaarden en voorschriften vanwege het mogelijke verstorende effect op de concurrentie. In dit geval is juist van belang dat er veel overheidsinvloed bestaat op de kwaliteit en de prijs aangezien de onderneming over een monopolie beschikt.

4.6 Publiek aandeelhouderschap

4.6.1 Inleiding

In verschillende nutssectoren zijn ondernemingen actief waarin aandelen worden gehouden door de Staat of door verschillende provincies en gemeenten. De vraag is welk rol publiek aandeelhouderschap kan spelen bij het borgen van publieke belangen en in hoeverre dit instrument een bijdrage kan leveren aan het borgen van publieke belangen in nutssectoren. Een bijzonder aspect van publiek aandeelhouderschap is dat als eenmaal is besloten om de aandelen te verkopen, en daarmee om te privatiseren, dit niet op eenvoudige wijze kan worden teruggedraaid. Als sprake is van publiek aandeelhouderschap kan waar nodig, bijvoorbeeld in een crisissituatie, door de overheid meer invloed op een sector worden uitgeoefend zonder dat hiervoor bijzonder ingrijpende maatregelen hoeven te worden getroffen. Het is om deze reden in nutssectoren van groot belang om zeer prudent met het publiek aandeelhouderschap om te springen.

In deze paragraaf wordt een antwoord gegeven op de vraag welke rol publiek aandeelhouderschap kan spelen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om deze vraag te beantwoorden wordt de aard van dit instrument beschreven. Daarbij wordt een antwoord op de vraag gegeven in hoeverre dit instrument de overheid in staat stelt om in te grijpen en wat voor type instrument publiek aandeelhouderschap is. Verder wordt bezien in welke concurrentiemodaliteiten publiek aandeelhouderschap een rol kan spelen en wordt beoordeeld in hoeverre dit een geschikt instrument is om te worden ingezet als sprake is van concurrentie. In deze inleiding wordt ingegaan op het staatsdeelnemingenbeleid om wat achtergrond te geven aan de bespreking van dit instrument.

In 2001 is een kabinetsnota inzake het staatsdeelnemingenbeleid verschenen.²⁰⁷ Tot die tijd is er geen sprake geweest van een systematisch deelnemingenbeleid.²⁰⁸ De lijn van het regeringsbeleid voor aandeelhouderschap van de Staat is van 2001 tot 2006 geweest dat publieke en zakelijke (commerciële) belangen zo veel mogelijk gescheiden moesten blijven. Mede om die reden was het in beginsel de bedoeling om waar mogelijk te privatiseren. Daarnaast speelden bezuinigingsmotieven een rol. Daarbij werd als argument aangevoerd dat aandeelhoudersbevoegdheden te beperkt zijn om effectief op publieke belangen te sturen. Die zouden dan ook beter door middel van wet- en regelgeving kunnen worden gehandhaafd.²⁰⁹ Bovendien zouden de te zeer uiteenlopende doelstellingen – enerzijds het publieke belang en anderzijds de rendementsdoelstelling van de onderneming – ertoe leiden dat beide of een ervan niet wordt geoptimaliseerd.²¹⁰ In deze periode is om deze reden ook de zogenaamde ‘overheidscommissaris’, die over bijzondere bevoegdheden beschikte om het algemeen belang te dienen, uit het BW geschrapt.²¹¹

Met het aantreden van Bos als minister van Financiën in 2006 (kabinet Balkenende IV) is dit beleid radicaal veranderd. Het accent werd verschoven van het afstoten van staatsdeelnemingen naar het actief beheren van staatsdeelnemingen. Het werd juist de bedoeling om met behulp van het publieke aandeelhouderschap publieke belangen te borgen. De minister zag vier praktische mogelijkheden om hieraan invulling te geven: het meekijken naar de stra-

²⁰⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).*

²⁰⁸ De Ru, Solinge & Bleeker 2007, p. 13-15.

²⁰⁹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 11 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).*

²¹⁰ *Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2, p. 12 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).*

²¹¹ *Stb. 2004, 370.*

tegie van de onderneming, het meekijken naar grote investeringsbeslissingen, het bepalen van het bezoldigingsbeleid en het beoordelen van de vermogensstructuur.²¹² Het beleid ten aanzien van staatsdeelnemingen is derhalve in de afgelopen tien jaar 'omgegaan' van 'privatiseren, tenzij', naar 'publiek, tenzij'. Aan de juridische bevoegdheden van publieke aandeelhouders is daarbij overigens niets veranderd. De overheidscommissaris is niet opnieuw ingevoerd in het BW.

Dit beleid geldt niet rechtstreeks voor deelnemingen van gemeenten en provincies, maar betreft uitsluitend staatsdeelnemingen. Met inachtneming van de algemene en sector-specifieke formeelwettelijke beperkingen zijn gemeenten en provincies vrij om zelf hun deelnemingenbeleid te bepalen. Hierna zullen deze beperkingen kort worden besproken.

De beperkingen zijn onder meer te vinden in de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido),²¹³ die regels stelt voor het beheren van geld- en kapitaalstromen door decentrale overheden. Het doel van de wet is om financiële risico's te beheersen. Op grond van deze wet mogen alleen aandelen worden aangekocht met als doel een publieke taak uit te oefenen. Artikel 2, eerste lid, Wet fido luidt: Openbare lichamen gaan leningen aan, zetten middelen uit of verlenen garanties uitsluitend ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak. Hoewel deze wettelijke norm ziet op nieuw te verwerven deelnemingen van provincies en gemeenten ligt hieraan (kennelijk) het principe ten grondslag dat de overheden uitsluitend aandelen houden als daarmee een publieke taak wordt gediend. Dit principe kan behalve bij nieuwe deelnemingen als leidraad dienen bij het evalueren van bestaande deelnemingen.

Het begrip 'publieke taak' levert echter nogal wat onduidelijkheden op. Wat is dit precies? Het begrip is bewust niet in wet gedefiniëerd. De wetgever wilde hiermee recht doen aan de eigen verantwoordelijkheid van openbare lichamen ten aanzien van de afbakening van de publieke taak.²¹⁴ Hierbij wordt wel aangetekend dat het inlenen en doorlenen van middelen (*near banking*) niet tot de publieke taak van openbare lichamen wordt gerekend. Een efficiënt beheer van de middelen wordt niet uitgesloten van het begrip 'publieke taak'.²¹⁵ Deze wettelijke bepaling geeft vanwege dit vage begrip veel ruimte aan openbare lichamen om aandelen te houden. Dit is klaarblijkelijk ook de bedoeling van de wetgever geweest.

Een voorbeeld van een sectorspecifieke formeelwettelijke beperking is het verbod van privatisering van de netbeheerders in de elektriciteitssector. Aandeelhouders van de netbeheerders mogen hun aandelen uitsluitend verkopen na instemming van de minister van Economische Zaken. De Minister onthoudt zijn instemming als sprake is van privatisering.²¹⁶

In de literatuur komt naar voren dat de standpuntbepaling van de overheid over wie aandeelhouders zouden kunnen en moeten worden, aarzelend en volatiel, dat wil zeggen wisselend, van aard is.²¹⁷ Dit standpunt wordt mijns inziens ondersteund door de hiervoor beschreven omslag in het beleid in minder dan een decennium en door de in deze literatuur beschreven historie van dit beleid.

Hoewel het staatsdeelnemingenbeleid niet rechtstreeks geldt voor provincies en gemeenten heeft de regering wel een instrument om haar onwettige rechtshandelingen van provincies en gemeenten in hun hoedanigheid van aandeelhouders aan te pakken. De

²¹² Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 2 (*Nota Staatsdeelnemingenbeleid*).

²¹³ Stb. 2000, 587, laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2008, 536.

²¹⁴ Kamerstukken II 1999/00, 29 606, nr. 3, p. 22.

²¹⁵ Kamerstukken II 1999/00, 29 606, nr. 3, p. 22.

²¹⁶ Art. 93 lid 2 en 3 E-wet.

²¹⁷ Ten Heuvelhof & Stout 2007, p. 77-89.

Kroon heeft de bevoegdheid om beslissingen van gemeenten en provincies te schorsen of te vernietigen.²¹⁸

Zo is de beslissing van de gemeente Amsterdam om haar aandelen in Schiphol N.V. niet te verkopen destijds vernietigd door de Kroon.²¹⁹ De rechtshandeling die het betrof was de stem van de gemeente Amsterdam in de aandeelhoudersvergadering tegen de door het Rijk voorgestelde statutenwijziging, die noodzakelijk was om de aandelen rechtsgeldig te vervreemden. Na zijn aantreden heeft de minister van Financiën deze beslissing van zijn voorganger overigens niet gehandhaafd en is de gemeente Amsterdam niet overgegaan tot de verkoop van haar aandelen. De privatisering van Schiphol heeft uiteindelijk dan ook niet plaatsgevonden.

Dit voorbeeld illustreert dat de Kroon kan ingrijpen in de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden van gemeenten en provincies. In het licht hiervan is het op zijn minst opmerkelijk te noemen dat minister Bos stelt dat hem geen instrumenten ter beschikking staan om in te grijpen in de verkoop van het energiebedrijf Essent aan private partijen, hoewel hij hiervan een tegenstander is. Een probleem dat hierbij speelt is dat het energiebeleid geen onderdeel is van zijn portefeuille maar behoort tot de portefeuille van zijn collega Verhoeven (Economische Zaken). In ieder geval was er kennelijk geen sprake van eenheid van kabinetsbeleid op dit punt.

Deze privatisering, die geheel in lijn is met het deelnemingenbeleid van het vorige kabinet, maar zeer indruist tegen het beleid van het huidige kabinet, is bovendien zeer omstreden. De Kroon zou in dit geval immers de besluiten tot het vervreemden van de aandelen van de verschillende gemeente- en provinciebesturen kunnen vernietigen wegens strijd met het algemeen belang: het lange termijn belang van de energievoorziening. Dit geldt temeer gelet op de geopolitieke situatie van afhankelijkheid van bepaalde staten die over energiereserves beschikken. De mogelijkheid in te kunnen grijpen in (bijvoorbeeld) een crisissituatie kwalificeert zonder meer als een algemeen belang. Het is niet uitgesloten dat een vernietiging met een beroep hierop zal standhouden.

Hierna wordt eerst ingegaan op de motieven die bestaan voor het gebruik van het instrument publiek aandeelhouderschap. Deze motieven worden beschreven en bekritiseerd (4.6.2) waarna de aard van het instrument zelf wordt beschreven (4.6.3). Vervolgens worden de juridische bevoegdheden van de aandeelhouders beschreven (4.6.4) waarna de beïnvloedingsmogelijkheden van de minister op decentrale publieke aandeelhouders worden geanalyseerd (4.6.5). Daarna wordt besproken welke concurrentiemodaliteiten publiek aandeelhouderschap zou kunnen worden benut en onder welke voorwaarden (4.6.6). Tot slot wordt een antwoord gegeven op de hiervoor gepresenteerde vraag (4.6.7).

4.6.2 Motieven

Het is van belang de motieven voor het houden van aandelen door de overheid in vennootschappen te onderzoeken om te kunnen beoordelen of er in nutssectoren rechtvaardiging bestaat voor toepassing van publiek aandeelhouderschap. Hierna worden drie motieven besproken: een beoogde toekomstige privatisering, het in overheidshanden houden van cruciale infrastructuur en het borgen van publieke belangen die niet of moeilijk met behulp van publiekrechtelijke instrumenten kunnen worden geborgd. Hierbij wordt besproken in hoeverre deze motieven ertoe leiden dat het wenselijk is dat de overheid doorslaggevende invloed kan uitoefenen.

Een eerste motief voor externe private verzelfstandiging in de vorm van een vennootschap (waarbij de betrokken overheid derhalve aandeelhouder werd) was een beoogde toe-

²¹⁸ Artt. 268 Gemeentewet en 261 Provinciewet.

²¹⁹ *Stb.* 2006, 216.

komstige privatisering. Omdat het privatiseren in één keer te risicovol werd geacht, werd eerst voor een overheidsvennootschap gekozen om zo in rustig tempo te kunnen bezien welke instrumenten er nodig waren wanneer de overheid zich zou terugtrekken uit de onderneming. Aangezien de overheid zich op termijn zal willen terugtrekken uit de onderneming is bij dit motief voor publiek aandeelhouderschap niet vereist dat de overheid doorslaggevende invloed kan uitoefenen.

Dit is bijvoorbeeld gebeurd toen het staatsbedrijf de PTT in 1989 werd geprivatiseerd (Koninklijke PTT Nederland N.V.). In 1994 heeft het bedrijf in twee delen: KPN en TPG naar de beursgang doorgemaakt. De staat behield (tijdelijk) in beide bedrijven bijzondere aanvullende privaatrechtelijke bevoegdheden.

Een ander voorbeeld is de externe private verzelfstandiging die de Gemeentelijke Vervoerbedrijven van de 4 grote steden werd opgelegd met het oog op een toekomstige privatisering, die uiteindelijk niet in alle gevallen is doorgevoerd.²²⁰

Een tweede denkbaar motief is dat het verstandig is om ondernemingen die beschikken over cruciale infrastructuur in overheidshanden te houden. Dit kan bijvoorbeeld in crisissituaties resulteren in eenvoudiger ingrijpen en eventueel in eenvoudiger nationaliseren.²²¹ Dit wordt ook wel genoemd het 'publiek houden' van een essentiële voorziening. Dit motief is door de wetgever gehanteerd bij de drinkwatersector. Hierbij werd door de wetgever overigens niet geëxpliciteerd hoe het publiek aandeelhouderschap precies zou bijdragen aan het waarborgen van de drinkwatervoorziening.²²² In dit geval is het van groot belang dat als een crisissituatie zich voordoet de overheid zal kunnen ingrijpen. Met het oog op dit motief is het van groot belang inzichtelijk te krijgen hoeveel invloed daadwerkelijk kan worden uitgeoefend door de overheid met behulp van publiek aandeelhouderschap.

Een derde motief is dat met behulp van publiek aandeelhouderschap publieke belangen kunnen worden geborgd die niet of moeilijk met publiekrechtelijke instrumenten kunnen worden geborgd. Boot stelt vanuit een economische invalshoek in een essay over publiek aandeelhouderschap dat 'als de complexiteit van de publieke zaak dusdanig is dat het bijna onmogelijk is om heldere contracten te maken (gebrek aan contracteerbaarheid), een activiteit door de overheid (als of niet via de creatie van een 100% aandelenbelang in een kapitaalvennootschap) zou moeten worden uitgevoerd. (...) Controle is immers bij gebrek aan contracteerbaarheid zeer moeilijk.'²²³ Dit komt er in de termen van deze studie op neer dat publieke belangen niet kunnen worden bereikt met publiekrechtelijke instrumenten omdat de publieke belangen op een lager niveau zouden moeten worden geïdentificeerd. Als mogelijk voorbeeld van moeilijke contracteerbaarheid geeft hij het publieke belang van de mainportfunctie van Schiphol.

4.6.3 Geoorloofdheid publiek aandeelhouderschap

Deze subparagraaf gaat in op de grenzen die aan het gebruik van publiek aandeelhouderschap zijn gesteld. Achtereenvolgens komen aan de orde de grenzen die het BW stelt aan het belang van de vennootschap, de tweewegenleer, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 3:14 van het BW. Ook op grond van EU-recht, in het bijzonder het vrij verkeer

²²⁰ Zie verder paragraaf 7.6.3.3.

²²¹ Wilkeshuis 2008, p. 366.

²²² Zie paragraaf 5.6.3.2.

²²³ Boot 2007, p. 55-56.

van kapitaal zijn grenzen aan de uitoefening van publiek aandeelhouderschap gesteld, zoals reeds in hoofdstuk 2 naar voren is gekomen.²²⁴

Aandeelhoudersbevoegdheden zijn privaatrechtelijke bevoegdheden. Voor overheids-optreden is een wettelijke grondslag noodzakelijk als sprake is van het eenzijdig opleggen van verplichtingen.²²⁵ Hiervan is bij privaatrechtelijk handelen geen sprake. Publiekrechtelijke rechtspersonen hebben voor het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden geen bijzondere wettelijke grondslag nodig. Net als aan andere rechtspersonen komen deze bevoegdheden hen toe op grond van het BW.

Door de burgerlijke rechter zijn echter wel grenzen gesteld aan het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid. Een van deze grenzen wordt ook wel de tweewegenleer of de doorkruisingsleer genoemd. Deze leer houdt kort gezegd in dat – voorzover de publiekrechtelijke regeling niet voorziet in het gebruik van een privaatrechtelijke weg – een overheid geen gebruik mag maken van privaatrechtelijke bevoegdheden als dit gebruik een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.²²⁶ Dit houdt verband met het feit dat een publiekrechtelijke regeling doorgaans met meer waarborgen is omkleed voor de burger in vergelijking met de gebruikmaking van privaatrechtelijke bevoegdheden door een publiekrechtelijke rechtspersoon.

In de jurisprudentie waarin de tweewegenleer tot stand is gekomen, wordt een aantal voorbeelden van privaatrechtelijk handelen genoemd: aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten te sluiten en de bevoegdheid een vordering bij de burgerlijke rechter in te stellen.²²⁷ In de rechtspraak over de doorkruisingsleer zijn aandeelhoudersbevoegdheden niet expliciet aan de orde gekomen. Aangezien het privaatrechtelijke bevoegdheden zijn, valt ook niet op voorhand uit te sluiten dat hierop de tweewegenleer van toepassing is.

In de onderzochte sectoren komt het voor dat in de privaatrechtelijke weg wordt voorzien, in die zin dat er op grond van de wettelijke regeling een privatiseringsverbod geldt. Een privatiseringsverbod houdt in dat de betrokken publieke aandeelhouders in de wettelijke regeling wordt verboden hun aandelen aan private partijen te verkopen. Dit geldt in de drinkwatersector en de elektriciteitssector.²²⁸ Enerzijds stelt dit grenzen aan de uitoefening van de aandeelhoudersbevoegdheden van de betrokken overheden, anderzijds legitimeert dit het publiek aandeelhouderschap in deze sectoren. In deze gevallen leidt de toepassing van de tweewegenleer ertoe dat, aangezien in een privaatrechtelijke weg wordt voorzien in de wet, het publiek aandeelhouderschap is toegestaan.

Waar dit niet het geval is, rijst de vraag of de tweewegenleer een heldere richtlijn kan vormen voor de toelaatbaarheid van het publieke aandeelhouderschap. De publiekrechtelijke regeling mag op grond van de tweewegenleer niet op onaanvaardbare wijze worden doorkruist. Om te bepalen of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising moet worden gekeken naar de inhoud en de strekking van de publiekrechtelijke regeling alsmede de geschiedenis daarvan. Daarnaast moet worden bezien in hoeverre burgers daarbij worden beschermd. Voorts vormt het gegeven dat de publiekrechtelijke regeling tot een vergelijkbaar resultaat leidt een belangrijke aanwijzing dat de regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.

²²⁴ Zie paragraaf 2.3.4.

²²⁵ Zie paragraaf 4.2.3.

²²⁶ HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 93 (m.nt. MS), *AB* 1990, 408 (*Windmill*; m.nt. G.P. Kleijn).

²²⁷ HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 93 (m.nt. MS), *AB* 1990, 408, r.o. 3.2 (*Windmill*; m.nt. G.P. Kleijn).

²²⁸ Zie paragraaf 5.6.3.2 en 6.7.13.

Het uitoefenen van bevoegdheden uit hoofde van het publiek aandeelhouderschap in nutssectoren richt zich doorgaans rechtstreeks tot het betrokken bedrijf, althans is daarmee verweven. Gesteld zou kunnen worden dat het bedrijf minder bescherming geniet wanneer de overheid door middel van aandeelhoudersbevoegdheden invloed uitoefent dan wanneer zij gebruik zou maken van een publiekrechtelijke regeling. Dit hangt uiteraard af van de inhoud van de publiekrechtelijke regeling.

Als nu in een concreet geval niets uit de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling valt af te leiden, moet worden bezien of de publiekrechtelijke regeling zou leiden tot een vergelijkbaar resultaat. Om dit te beoordelen moet in het concrete geval worden bezien welke motieven de overheid hanteert voor het aandeelhouderschap en of er in de publiekrechtelijke regeling waardoor de betrokken sector wordt gereguleerd wordt voorzien in instrumenten die op dezelfde doelen gericht zijn als het publiek aandeelhouderschap. Als publiek aandeelhouderschap een ander doel dient dan het publiekrechtelijke instrumentarium dat voorhanden is, zoals bij het hiervoor aangehaalde motief om in te kunnen grijpen in vitale infrastructuur in een crisissituatie, dan staat de tweewegenleer dit toe. Als publiek aandeelhouderschap eenzelfde doel dient als het voorhanden zijnde publiekrechtelijke instrumentarium dan zou sprake kunnen zijn van onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling.

Het is derhalve in theorie mogelijk dat door de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden in strijd met de doorkruisingsleer wordt gehandeld. Met Zijlstra ben ik van mening dat de doorkruisingsleer zich richt op een afweging op micro-niveau terwijl de afweging op het kiezen voor publiek aandeelhouderschap daarvóór op macro-niveau reeds is genomen. Voor deze macro-afweging biedt de doorkruisingsleer geen geschikt toetsingskader.²²⁹

Een tweede grens is dat de overheid geen privaatrechtelijke rechtshandelingen mag verrichten – dus ook wanneer zij rechtshandelingen uit hoofde van haar aandeelhouderschap verricht – wanneer die worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zo blijkt uit artikel 1:3 lid 2 Awb en artikel 3:14 BW. De overheid is derhalve aan strengere normen onderworpen bij de uitoefening van haar aandeelhoudersbevoegdheden dan een particulier. Dit betekent dat de overheid bij de uitoefening van haar aandeelhoudersbevoegdheden ook is gehouden aan bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Verder geldt een derde grens op grond van het EU-recht, in het bijzonder de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal, die in hoofdstuk 2 uitgebreid aan de orde is geweest. Op grond hiervan mag de overheid zich in beginsel geen bijzondere rechten, ook wel ‘gouden aandelen’ genoemd, voorbehouden als aandeelhouder. Dit betekent dat de overheid dezelfde rechten als particuliere aandeelhouders heeft. Zij mag zich daarom niet bij gedeeltelijke privatisering van een onderneming, al dan niet op grond van wetgeving, rechten voorbehouden die meer invloed geven dan haar aandelenbelang vertegenwoordigt. De uitzonderingen op deze regel zijn uiterst beperkt.²³⁰

4.6.4 Gebruik publiek aandeelhouderschap

4.6.4.1 Inleiding

Anders dan bij de andere instrumenten is het nodig om uitgebreid stil te staan bij mogelijkhe-

²²⁹ Zijlstra 1997, p. 146.

²³⁰ Zie uitgebreid paragraaf 2.3.4.

den die het instrument van publiek aandeelhouderschap biedt om in te grijpen omdat hier bij publiek aandeelhouderschap verschillend over wordt gedacht en dit niet op voorhand helder is. Publiek aandeelhouderschap is een privaatrechtelijk instrument in de zin van de in deze studie gehanteerde definitie van instrumenten.²³¹

In deze paragraaf wordt ingegaan op de juridische bevoegdheden van aandeelhouders. Het is bij deze bespreking van belang het onderscheid voor ogen te houden tussen de bevoegdheden die aandeelhouders toekomen op grond van het BW en hoe effectief zij deze kunnen maken, de mogelijke uitbreiding van deze bevoegdheden en de wijze waarop in de praktijk gebruik wordt gemaakt van deze bevoegdheden. In de praktijk kan het zo zijn dat de bevoegdheden niet goed worden uitgeoefend waardoor zij minder effectief zijn. Goed moet worden onderscheiden of dit ligt aan de bevoegdheid zelf, hetgeen zou kunnen nopen tot een wijziging hierin of dat sprake is van onvoldoende benutting van de bevoegdheden.

Eerst wordt ingegaan op het type instrument dat publiek aandeelhouderschap is (4.6.4.2). Daarna wordt de informatieverstrekking aan (overheids)aandeelhouders besproken. Dit onderwerp werd hiervoor reeds aangestipt (4.4). Er is voor gekozen deze specifieke vorm van informatieverstrekking hier bij het instrument van publiek aandeelhouderschap zelf te bespreken (4.6.4.3). Daarna wordt ingegaan op de bevoegdheden die toekomen aan de algemene vergadering van aandeelhouders (4.6.4.4) en de mogelijke uitbreiding van deze juridische invloed door publieke aandeelhouders (4.6.4.5). Vervolgens komt de uitoefening van deze bevoegdheden in de praktijk aan de orde (4.6.4.6) en wordt de rol van het vennootschappelijk belang besproken (4.6.4.7).

4.6.4.2 Aard instrument

Publiek aandeelhouderschap op zichzelf kan een ontwerpfunctie vervullen maar de aandeelhoudersbevoegdheden kunnen ook worden ingezet ter controle en correctie. In het basale marktontwerp kan worden opgenomen dat bepaalde ondernemingen in publieke handen zijn, blijven of zullen komen. Door actief bij te dragen aan beslissingen met betrekking tot de vennootschap door het uitoefenen van aandeelhoudersbevoegdheden kan invloed worden uitgeoefend op het borgen van publieke belangen. Dan wordt het instrument benut voor zijn ontwerpfunctie. Hoever deze bevoegdheden daadwerkelijk gaan, komt hierna aan de orde (4.6.4.4-4.6.4.6).

Er is sprake van gebruik van aandeelhoudersbevoegdheden voor de controlefunctie wanneer informatie-uitwisseling plaatsvindt tussen bestuur en aandeelhouders, waarover hierna meer (4.6.4.3). Om te kunnen controleren of alles goed loopt binnen de betrokken onderneming kan de (overheids)aandeelhouder om informatie vragen.

Bovendien kunnen de aandeelhouders corrigerend ingrijpen indien dit noodzakelijk is. Zo zijn zij bevoegd om het bestuur en de raad van commissarissen van de onderneming te ontslaan en te benoemen indien blijkt dat publieke belangen onvoldoende worden geborgd. Ook voor de beoordeling van de geschiktheid van aandeelhouderschap als instrument met een correctiefunctie is van belang hoe ver deze bevoegdheden gaan (4.6.4.4-4.6.4.6).

²³¹ Zie voor de definitie van instrumenten paragraaf 4.1.2.

4.6.4.3 Informatieverstrekking vennootschappen aan publieke aandeelhouders

In deze subparagraaf wordt de informatieverstrekking van vennootschappen aan publieke aandeelhouders besproken. In een aantal sectoren worden aandelen in vennootschappen gehouden door een of meer overheden. Hierbij is informatieverschaffing aan publieke aandeelhouders van groot belang. Zij zijn er op gericht om door middel van hun aandeelhoudersbevoegdheden publieke belangen te borgen. Overheden hebben geen 'eigen belang' maar zouden altijd het algemeen belang moeten dienen.

Om hun aandeelhoudersbevoegdheden naar beste vermogen uit te oefenen, is het van belang dat de aandeelhouders de beschikking hebben over alle relevante informatie zoals hiervoor al aan de orde is gekomen (4.4.2). Als zij beschikken over relevante informatie kunnen zij eventueel ingrijpen of hun bevoegdheden voor zover mogelijk aanpassen. Hierna wordt ingegaan op de verplichtingen die op vennootschapsorganen rusten om de aandeelhouders te informeren. Eerst wordt de verplichting van het bestuur om de jaarrekening, het jaarverslag en de accountantsverklaring aan de aandeelhoudersvergadering te openbaren, besproken. Daarna komt de verplichting van het bestuur en de raad van commissarissen aan de orde om de aandeelhoudersvergadering alle door haar verlangde inlichtingen te verschaffen. Tot slot wordt ingegaan op de informatieverplichting die eventueel kan voortvloeien uit het algemene artikel 2:8 BW waarin staat dat de organen van een rechtspersoon zich volgens de redelijkheid en billijkheid jegens elkaar hebben te gedragen.

Op het bestuur rust de plicht om de jaarrekening en het jaarverslag op te maken.²³² Onder jaarrekening wordt verstaan: de enkelvoudige jaarrekening die bestaat uit de balans en winst- en verliesrekening met de toelichting en de geconsolideerde jaarrekening indien de rechtspersoon deze opmaakt.²³³ Zij wordt door de wetgever als volgt nader omschreven. 'De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voorzover de aard van de jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en liquiditeit van de rechtspersoon.'²³⁴ Het jaarverslag is een document, opgesteld door het bestuur, dat een getrouw beeld geeft van de stand van zaken ten tijde van de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten. Daarnaast geeft het jaarverslag een beschrijving van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de rechtspersoon wordt geconfronteerd.²³⁵

De vast te stellen jaarrekening en het jaarverslag en de overige gegevens worden eerst door een registeraccountant beoordeeld die daarover een rapport uitbrengt.²³⁶ De aandeelhoudersvergadering is bevoegd tot het verlenen van deze opdracht en als deze nalatig is, verleent de raad van commissarissen de opdracht.²³⁷ Het rapport van de accountant wordt uitgebracht aan het bestuur en de raad van commissarissen²³⁸ en is in beginsel niet openbaar, ook niet voor de aandeelhouders. De uitslag van het onderzoek, de accountantsverklaring, wordt opgenomen in de overige gegevens die samen met het jaarverslag en de jaarrekening ter inzage worden gelegd voor de aandeelhouders. Andere overige gegevens zijn bijvoorbeeld de

²³² Art. 2:210 (101) lid 1 BW.

²³³ Art. 2:361 lid 1 BW.

²³⁴ Art. 2:362 lid 1 BW.

²³⁵ Art. 2:391 lid 1 BW.

²³⁶ Art. 2:393 lid 1 BW.

²³⁷ Art. 2:393 lid 2 BW.

²³⁸ Art. 2:393 lid 4 BW.

winstbestemming, de statutaire regeling inzake de winstbestemming en een opgave van belangrijke gebeurtenissen na de balansdatum met belangrijke financiële gevolgen.²³⁹

Hoewel de aandeelhouders derhalve wel inzage krijgen in de accountantsverklaring is het mijns inziens kenmerkend voor hun positie dat zij in beginsel geen inzage krijgen in het initiële rapport van de accountant. Zij staan op afstand van het bestuur en de veronderstelling dat zij op de hoogte zijn van alle bestuurlijke aangelegenheden is derhalve onterecht. Dit is een van de relativeringen die kan worden aangebracht bij de aanduiding van de aandeelhoudersvergadering als de 'hoogste macht in de vennootschap'.²⁴⁰ Het jaarverslag en de jaarrekening worden vervolgens ter inzage gelegd voor de aandeelhouders.²⁴¹ De jaarrekening wordt vastgesteld door de aandeelhoudersvergadering en tevens openbaar gemaakt voor een ieder (binnen acht dagen na de vaststelling, zie hiervoor 3.3.2.1). De goedkeuring of vaststelling van de jaarrekening is nietig indien de aandeelhoudersvergadering geen kennis heeft genomen van de accountantsverklaring.²⁴² Het jaarverslag van het bestuur is een definitief stuk en behoeft niet te worden vastgesteld door de aandeelhouders.

Het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap hebben daarnaast de verplichting op grond van artikel 2:107, tweede lid BW om aan de aandeelhoudersvergadering alle verlangde informatie te verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.²⁴³

In de formulering van dit artikel wordt ervan uitgegaan dat de aandeelhoudersvergadering recht heeft op de informatie die zij verlangt. Hier is derhalve sprake van een passieve taak van het bestuur en de raad van commissarissen. Zij leveren de informatie *op verzoek* van de aandeelhoudersvergadering. Dit is een andere formulering dan waar het gaat om de informatieplicht van het bestuur aan de raad van commissarissen²⁴⁴ of van de onderneming aan de ondernemingsraad.²⁴⁵ In die laatste twee gevallen gaat het om een plicht van het bestuur om *uit eigen beweging* de inlichtingen te verschaffen die de onderscheidenlijke organen nodig hebben voor het uitoefenen van hun taak. Dat aan de aandeelhoudersvergadering buiten de officiële stukken door het bestuur uitsluitend informatie hoeft te worden verschaft op verzoek is kenmerkend voor de passief controlerende taak van de aandeelhoudersvergadering.²⁴⁶ Ook dit vormt een relativering op de stelling dat de aandeelhoudersvergadering de hoogste macht in de vennootschap is.

In de vennootschapsrechtelijke literatuur bestaat discussie over de vraag of deze informatieplicht uitsluitend ziet op het recht op informatie van de aandeelhoudersvergadering als zodanig of dat ook aan iedere individuele aandeelhouder dit recht toekomt. Enerzijds wordt bepleit dat dit recht uitsluitend aan de aandeelhoudersvergadering als zodanig toekomt omdat de wet een andere lezing niet zou toestaan.²⁴⁷ Anderzijds wordt gemeend dat dit recht aan een individuele aandeelhouder toekomt, zij het slechts ter vergadering, zodat dit niet in strijd komt met de gelijke behandeling van de aandeelhouders.²⁴⁸

²³⁹ Art. 2:392 lid 1 BW.

²⁴⁰ Meer over dit aspect van publiek aandeelhouderschap zie paragraaf 4.6.

²⁴¹ Art. 2:210 (101) lid 1 BW.

²⁴² Art. 2:393 lid 7 BW.

²⁴³ Art. 2:217 (107) lid 2 BW.

²⁴⁴ Art. 2:251 (141) BW.

²⁴⁵ Art. 31 Wet op de ondernemingsraden.

²⁴⁶ Van Schilfgaarde 2006, p. 194.

²⁴⁷ Van Schilfgaarde 2006, p. 194.

²⁴⁸ Asser-Maeijer 2-III, nr. 256, Van der Grinten 2001, p. 64-68, Slagter 2005, p. 228.

Artikel 2:107 BW

- '1. Aan de algemene vergadering van aandeelhouders behoort, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend.
2. Het bestuur en de raad van commissarissen verschaffen haar alle verlangde inlichtingen, tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet.'

Het verschil is erin gelegen dat in het eerste geval een beslissing zal moeten worden genomen door de gehele vergadering om om de betrokken informatie te verzoeken (ook wel aangeduid als 'motie') en dit in het tweede geval niet noodzakelijk is. Hoewel het tweede lid van de bepaling met het woord 'haar' verwijst naar de aandeelhoudersvergadering als geheel, meen ik met Van Solinge dat dit slechts ziet op het feit dat de inlichtingen aan de vergadering als geheel worden verschaft en niet op wie om de inlichtingen verzoekt.²⁴⁹

Bovendien lijkt mij de uitkomst dat alleen de vergadering als geheel een verzoek om informatie zou kunnen doen nogal onbevredigend. Zeker in het geval van een sterk verspreid aandelenbezit, zou het ongelukkig zijn dat een meerderheid ervoor kan zorgen dat informatie die een minderheid verlangt, niet wordt verschaft. Dit bezwaar doet zich ook sterk voelen in vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen publieke aandeelhouders, het bestuur en de raad van commissarissen van ondernemingen in nutssectoren. Goede informatievoorziening tussen deze organen is van groot belang. Publieke aandeelhouders hebben immers meer dan louter financiële belangen bij het betrokken bedrijf, gezien de publieke belangen die worden geborgd met het aandeelhouderschap.

Tegen dit betoog zou kunnen worden ingebracht dat voornoemde argumenten wellicht opgaan voor publieke aandeelhouders, maar dat dit niet betekent dat het algemene vennootschapsrecht als zodanig moet worden uitgelegd. Dit kan er immers toe leiden dat het vennootschapsrecht wordt opgerekt tot een systeem dat het voor de overheid geschikt maakt om aandeelhouder te zijn doordat aan haar extra bevoegdheden toekomen. Naar mijn mening zou dat inderdaad een verkeerde tendens zijn. Bij het beoordelen van de geschiktheid van het vennootschapsrecht om publieke belangen te borgen, moet altijd in aanmerking worden genomen dat het vennootschapsrecht eerst en vooral is geschreven om private belangen te faciliteren. Het vennootschapsrecht biedt bovendien ruimte om in de statuten van een individuele vennootschap bepaalde rechten en bevoegdheden toe te kennen aan de aandeelhouders die verder gaan dan op grond van het BW is voorgeschreven. Als deze ruimte onvoldoende is, moet het vennootschapsrecht niet – ook niet door de wetgever – worden aangepast om de overheid de voor haar ideale bevoegdheden te verschaffen. Als de mogelijkheden op grond van boek 2 BW en de ruimte die aan de aandeelhoudersvergadering wordt gelaten inzake de inhoud van de statuten, onvoldoende blijken, dient de wetgever door middel van andere (publiekrechtelijke) instrumenten publieke belangen te borgen.

Niettemin ben ik van mening dat ook in het commune vennootschapsrecht behoefte bestaat aan en argumenten gevonden kunnen worden voor het recht op informatie van een individuele aandeelhouder. De onbevredigende situatie dat alleen inlichtingen zouden kunnen worden gevraagd door de vergadering als zodanig klemmt temeer daar de overige mogelijkheden van de individuele aandeelhouder om informatie op te eisen zeer beperkt zijn, zoals

²⁴⁹ Van Solinge 1994, p. 45 e.v.

hierna zal blijken. Als het standpunt wordt ingenomen dat op grond van artikel 2:107, tweede lid BW, aan de individuele aandeelhouder geen zelfstandig recht op informatie toekomt, welke andere mogelijkheden zijn er dan nog voor de individuele aandeelhouder om informatie te verkrijgen?

Op grond van artikel 2:8 BW, waarin wordt bepaald dat de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken zich jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, kan voor de aandeelhouder een recht op bepaalde informatie bestaan. Aan het verschaffen van informatie aan individuele aandeelhouders buiten de vergadering kleefte het nadeel dat aandeelhouders ongelijk worden behandeld en daarom dient daarmee terughoudend te worden omgegaan. De rechter is dan ook uiterst terughoudend met het honoreren van verzoeken om inlichtingen van een individuele aandeelhouder op grond van artikel 2:8 BW.²⁵⁰ Onder omstandigheden kan het bestuur of de raad van commissarissen op grond van dit artikel verplicht zijn om informatie te verschaffen maar de aanspraak op deze informatie heeft niet dezelfde kracht als die van de aandeelhoudersvergadering op grond van art. 2:107 BW omdat er in artikel 2:8 BW geen expliciet recht op informatie wordt toegekend.

Voor de publieke aandeelhouders is het van groot belang om goed op de hoogte te zijn van hetgeen er speelt in de betrokken vennootschap. Publieke aandeelhouders zijn immers geen gewone aandeelhouders of beleggers. Zij zijn aandeelhouder in het algemeen belang. Als daarvan geen sprake is, is er geen reden voor het houden van aandelen door de overheid. Met betrekking tot de publieke belangen die zij beogen te dienen door hun aandeelhouder-schap is het daarom van belang dat zij goed worden geïnformeerd. Afhankelijk van de vastgestelde publieke belangen kunnen hiervoor aanvullende informatieverplichtingen worden afgesproken in de statuten van de vennootschap.

4.6.4.4 *Bevoegdheden algemene vergadering aandeelhouders*

Over de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders wordt wel gezegd dat dit orgaan de 'hoogste macht' in de vennootschap is. Deze uitspraak bevat een kern van waarheid, maar moet kritisch worden bekeken. Er is namelijk een verschil tussen de juridische bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, die al redelijk beperkt zijn, en de mate waarin zij deze in de praktijk werkelijk effectief kan maken.²⁵¹

De vennootschappen waarvan de overheid aandeelhouder is, kennen vaak vanwege hun omvang op grond van boek 2 BW een (verplicht) structuurregime. Een vennootschap is een structuurvennootschap – in wettelijke termen: 'grote' vennootschap – als aan drie voorwaarden is voldaan.²⁵² Ten eerste moet het geplaatste kapitaal samen met de reserves volgens de balans met toelichting zestien miljoen euro bedragen. Ten tweede moet de vennootschap krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad hebben ingesteld. Tot slot moeten minstens honderd werknemers werkzaam zijn bij de vennootschap in Nederland. Nadat een vennootschap aan deze voorwaarden voldoet, is zij verplicht daarvan opgaaf te doen bij het handelsregister. Nadat deze opgaaf drie jaren aaneengesloten is ingeschreven, wordt de vennootschap van rechtswege een structuurvennootschap.

Het gevolg van de toepasselijkheid van het structuurregime voor de algemene vergadering van aandeelhouders is dat zij op een afstand van het bestuur wordt geplaatst doordat zij

²⁵⁰ Vletter-van Dort 2001, p. 70.

²⁵¹ Van Schilfgaarde 2006, p. 187.

²⁵² Art. 2:153 lid 2 BW.

andere bevoegdheden heeft dan in de gewone vennootschap. Deze structuurregeling is betrekkelijk recent (per 1 oktober 2004) gewijzigd om nu juist de aandeelhouders meer zeggenschap te geven dan voorheen.

De belangrijkste controle van het bestuur vindt in een structuurvennootschap plaats door een raad van commissarissen. Zo benoemt en ontslaat deze het bestuur.²⁵³ Bij de 'gewone' vennootschap worden de bestuurders benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Voor een structuurvennootschap waarvan alle aandelen in handen zijn van publiekrechtelijke rechtspersonen (overheden), geldt een iets afwijkende bevoegdheidsverdeling, ook wel genoemd het 'verzwakte regime'. In dit geval geldt dat het bestuur wordt benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders in plaats van door de raad van commissarissen.²⁵⁴ In vergelijking met een gewone (structuur)vennootschap, is de macht van de algemene vergadering van aandeelhouders in een (structuur)vennootschap waarin uitsluitend overheden aandelen houden derhalve groter dan in een vennootschap met (deels) particuliere aandeelhouders. Dit is het enige punt waarop de bevoegdheden van de 100% overheidsaandeelhouder afwijken van die van de particuliere aandeelhouder.

De algemene vergadering van aandeelhouders heeft voorts op grond van de wet de volgende bevoegdheden. Om te beginnen stelt de algemene vergadering van aandeelhouders de jaarrekening vast. Zij benoemt de commissarissen op bindende voordracht van de raad van commissarissen, waarbij ze bovendien de bezoldiging van de raad van commissarissen vaststelt. Verder kan de algemene vergadering van aandeelhouders (bij volstreckte meerderheid van stemmen) de gehele raad van commissarissen naar huis sturen als zij daarin het vertrouwen opzegt. Voor het ontslaan van individuele commissarissen geldt dat steeds de tussenkomst van de ondernemingskamer is vereist. De algemene vergadering van aandeelhouders kan (bij volstreckte meerderheid van stemmen en vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal) de voordracht van de raad van commissarissen die door de huidige raad van commissarissen wordt gedaan, afwijzen. De algemene vergadering van aandeelhouders stelt de bezoldiging van het bestuur vast. In sommige gevallen wordt deze bevoegdheid in de statuten aan de raad van commissarissen toegekend. Een statutenwijziging is ook voorbehouden aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit is een autonome bevoegdheid van de vergadering; er is geen tussenkomst van het bestuur of de raad van commissarissen vereist.²⁵⁵ De algemene vergadering van aandeelhouders kan door middel van een statutenwijziging nog andere bevoegdheden aan zich trekken, zoals de bevoegdheid om het bestuur richtlijnen te geven betreffende het algemene beleid.²⁵⁶ Bovendien beslist de algemene vergadering van aandeelhouders over de winstbestemming.²⁵⁷ Verder heeft de algemene vergadering van aandeelhouders een aantal ingrijpende en belangrijke bevoegdheden, zoals het besluiten tot ontbinding, omzetting, fusie, splitsing en kapitaalvermindering.²⁵⁸

De algemene vergadering van aandeelhouders heeft geen bevoegdheden waarmee zij rechtstreeks invloed kan uitoefenen op het beleid en het dagelijkse reilen en zeilen van de onderneming. In het Forumbankarrest maakte de Hoge Raad uit dat het bestuur van een ven-

²⁵³ Art. 2:164 BW.

²⁵⁴ Artt. 2:155a lid 1 sub b j° 2:1 BW.

²⁵⁵ Art. 2:121 BW.

²⁵⁶ Art. 2:129 lid 4 BW.

²⁵⁷ Art. 2:216 lid 3 BW.

²⁵⁸ Artt. 2:18, 2:121 en 2:318 BW.

nootschap haar taken en bevoegdheden op grond van de wet en de statuten zelfstandig uitoefent.²⁵⁹ Dit betekent dat de algemene vergadering van aandeelhouders aan het bestuur geen concrete aanwijzingen mag geven. Hoewel in het BW de mogelijkheid is opgenomen dat de statuten aan de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid verstrekken om algemene instructies te geven, mag dit dus nooit zover gaan dat een ander orgaan van de vennootschap op de stoel van het bestuur komt te zitten.²⁶⁰ De overheid kan als aandeelhouder beslissingen van het bestuur uitsluitend achteraf aanvechten, waarbij beslissingen van bestuurders moeilijk zijn terug te draaien.

De juridische verdeling van de bevoegdheden tussen de verschillende organen van de vennootschap moet worden onderscheiden van de feitelijke machtsverdeling in de praktijk. Zo heeft het bestuur in de praktijk een grote voorsprong in kennis en deskundigheid ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders, die ervoor zorgt dat de aandeelhouders geen echte oppositie kunnen voeren. Daar komt nog bij dat bij een versnipperd aandeelhouderschap, het voor een aandeelhouder niet zinvol is om tijd en geld te investeren om een actieve rol te kunnen spelen in de vennootschap.²⁶¹ Wat betreft de kennisvoorsprong speelt ook de informatieuitwisseling tussen bestuur en algemene vergadering van aandeelhouders een grote rol. Wij zagen hiervoor evenwel dat de mogelijkheden voor aandeelhouders om informatie te vergaren niet optimaal is (4.6.4.2).

De beïnvloedingsmogelijkheden van de overheidsaandeelhouder in een (structuur) vennootschap zijn blijkens het voorgaande beperkt.²⁶² Dit maakt het instrument publiek aandeelhouderschap minder effectief om publieke belangen te bereiken. Er kan in ieder geval niet worden ingegrepen door de aandeelhoudersvergadering in een concreet geval.

Boot is vrij positief over hetgeen met 100% aandeelhouderschap kan worden bereikt. Hij stelt dat het in zijn optiek 'goed te verdedigen [is] dat de overheid nagenoeg volledige grip kan houden op een verzelfstandigde activiteit mits zij 100% van de aandelen behoudt.' Hij geeft daarbij toe dat juristen dit wellicht genuanceerder zullen zien.²⁶³ Het is mijns inziens moeilijk in zijn algemeenheid te stellen dat de overheid nagenoeg volledige grip heeft als sprake is van 100% aandeelhouderschap.²⁶⁴ Veel zal afhangen van de feitelijke invulling van de bevoegdheden door de aandeelhouders en de mogelijke aanvullende wettelijke regelingen.

Hierna wordt de mate van invloed van de overheid in de algemene vergadering van aandeelhouders gespecificeerd naar de mate van aandeelhouderschap.

²⁵⁹ HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43 (*Forumbankarrest*).

²⁶⁰ Zie ook Groot 1998, p. 108.

²⁶¹ Van Schilfgaarde 2006, p. 189.

²⁶² Zie ook De Ru, Van Solinge & Bleeker 2007, p. 44-46.

²⁶³ Boot 2007, p. 61.

²⁶⁴ Zie ook De Ru, Solinge & Bleeker 2007.

Fig. 4.3²⁶⁵

100%	Overheid heeft volledige controle t.a.v. alle besluiten die de algemene vergadering van aandeelhouders neemt (welke dat zijn, staat hiervoor beschreven). Versnipperd aandeelhouderschap (verdeeld over veel verschillende overheden aandeelhouder zijn) kan hieraan afbreuk doen.
95%	Het verzwakte regime geldt niet meer (dus raad van commissarissen benoemt bestuur en algemene vergadering van aandeelhouders benoemt de raad van commissarissen op bindende voordracht van de Raad van commissarissen). Overheid heeft nog steeds volledige controle t.a.v. alle besluiten die de algemene vergadering van aandeelhouders neemt en kan minderheidsaandeelhouders uitkopen.
90%	Idem als 95% behalve: overheid kan niet langer minderheidsaandeelhouders uitkopen.
50+ %	Overheid kan nog net een meerderheid forceren binnen de Algemene vergadering van aandeelhouders.
50% of minder	Overheid kan geen besluiten meer afdwingen

4.6.4.5 Mogelijke uitbreiding juridische invloed publieke aandeelhouders

Er zijn verschillende manieren waarop de invloed van publieke aandeelhouders kan worden uitgebreid. Ten eerste kunnen zij zelf extra bevoegdheden creëren door middel van een statutenwijziging, ten tweede kan er bij wettelijk voorschrift worden bepaald dat bepaalde bevoegdheden aan de algemene vergadering van aandeelhouders toekomen.

De algemene vergadering van aandeelhouders heeft, zoals hiervoor bleek, de autonome bevoegdheid om de statuten te wijzigen. Hiermee kan zij bevoegdheden naar zich toe trekken en nieuwe bevoegdheden creëren die haar meer beïnvloedingsmogelijkheden geven. Bovendien is het mogelijk voor de wetgever om ten aanzien van ondernemingen waarin overheden aandelen houden te bepalen welke invloed de aandeelhouders op het beleid van de onderneming mogen hebben.

Zo wordt in de statuten van sommige drinkwaterbedrijven bepaald dat de Algemene vergadering van aandeelhouders de tarieven van het drinkwater vaststelt.²⁶⁶ Inmiddels is in de Drinkwaterwet bepaald dat de Algemene vergadering van aandeelhouders het enig bevoegde orgaan is binnen de vennootschap om het drinkwatertarief te bepalen.²⁶⁷

De uitbreiding van de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders is overigens niet onbegrensd. Een bevoegdheid die op grond van het BW toekomt aan het bestuur mag niet door middel van een statutenwijziging aan de algemene vergadering van aandeelhouders worden toebedeeld. Een voorbeeld van een dergelijke bevoegdheid is het bijeenroepen van de algemene vergadering van aandeelhouders door de raad van commissarissen.²⁶⁸

²⁶⁵ Zie voor een uitgebreidere versie van dit schema: De Ru, Solinge & Bleeker 2007, p. 34-36.

²⁶⁶ Niet van alle drinkwaterbedrijven zijn de statuten beschikbaar. Voor zover ik heb kunnen nagaan wordt in ieder geval bij Vitens NV, OASEN NV, Waterleidingmaatschappij Limburg NV de drinkwaterprijs door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgesteld.

²⁶⁷ Art. 20 Dw.

²⁶⁸ Art. 2:109 BW.

Door middel van een wet in formele zin kan wel worden afgeweken van deze bevoegdheidsverdeling (lex-specialisregel). Dit betekent dat de wetgever – indien het de wens is om meer grip op een vennootschap te houden door middel van publiek aandeelhouderschap dan mogelijk is op grond van het BW – dit bij wet in formele zin zal moeten regelen.

Voorts kunnen zowel in de statuten als in de wet in formele zin bepalingen worden opgenomen waardoor het vennootschappelijk belang wordt gekleurd, alsmede bepalingen die gericht zijn op de continuïteit van de zeggenschap door te bepalen dat aandeelhouders aan bepaalde eisen moeten voldoen.²⁶⁹

De mogelijkheid bestaat om bij de oprichting in de statuten reeds de doelstelling van de onderneming vast te leggen, waarin ook publieke belangen zouden kunnen worden verankerd. Boot stelt – terecht – dat de missie van de organisatie moet samenvallen met de missie van de 100% aandeelhoudende overheid. 'Als er licht zit tussen deze missie en de publieke belangen, dan heeft de overheid in principe de betreffende onderneming op een verkeerd fundament gezet.'²⁷⁰ Het is immers zo dat de doelstellingen van een onderneming die volledig eigendom is van de overheid ook moeten samenvallen met de doelstellingen van die overheid. Als dit niet goed wordt verankerd (in de statuten van de vennootschap) kan het gebeuren dat het doel van de vennootschap en het doel van de eigenaar uiteenlopen hetgeen tot suboptimale bereiking van het doel zou kunnen leiden.

4.6.4.6 Uitoefening aandeelhoudersbevoegdheden

Hiervoor kwam al naar voren dat de juridische machtsverdeling in een vennootschap niet hetzelfde is als de feitelijke machtsverdeling. De invloed van publiek aandeelhouderschap staat of valt bovendien met de mate waarin de betrokken overheden de hen toekomende bevoegdheden ook daadwerkelijk actief benutten. In de praktijk blijken de aandeelhouders niet allemaal even betrokken bij het beleid van de onderneming ook waar het de eigen bevoegdheden betreft.

In deze paragraaf zal ik een aantal problemen bespreken dat zich voordoet bij de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden door overheden. Achtereenvolgens komen aan de orde de ophef over beloningen van topbestuurders bij energiebedrijven, de versnipperdheid van het publiek aandeelhouderschap, het gebrek aan expertise, de verschillende percepties en de rationeel-apathische houding van aandeelhouders. Daarvoor wordt ook een aantal oplossingen gepresenteerd, te weten het aangaan van aandeelhoudersovereenkomsten, het creëren van een personele unie tussen aandeelhouder en bestuur en het uitbreiden van de aandeelhoudersbevoegdheden in de statuten.

In 2005 ontstond ophef over de excessieve bonussen die aan de top van Nuon en Essent werden uitgedeeld. De aandeelhoudende overheden waren in meerderheid fel tegen deze bonussen en wilden inspraak op de beloning. Daarnaast wilden zij meepraten over de benoemingen in het bestuur en de raad van commissarissen en goedkeuring geven aan belangrijke overnames of investeringsbeslissingen.²⁷¹ Deze bevoegdheden waren kennelijk in de statuten overgedragen aan de raad van commissarissen. Op grond van boek 2 BW komt de bevoegdheid om de beloning van het bestuur vast te stellen toe aan de aandeelhouders, ook in een structuurvennootschap.²⁷² Bovendien is het sinds oktober 2004 de bevoegdheid van de aan-

²⁶⁹ De Ru, Solinge & Bleeker 2007, p. 38-40.

²⁷⁰ Boot 2007, p. 61.

²⁷¹ 'Gevecht om de macht bij energiebedrijven', *de Volkskrant* 6 april 2005.

²⁷² Art. 2:135 lid 3 BW.

deelhouders om de bestuurders van de vennootschap te benoemen (het verzwakte regime). Daarnaast heeft de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid om de commissarissen te benoemen.²⁷³ De voordracht gebeurt door de raad van commissarissen maar de aandeelhouders kunnen wel personen aanbevelen.²⁷⁴ Van deze bevoegdheden is door de betrokken aandeelhouders kennelijk afstand gedaan doordat in de statuten (die met hun instemming moeten zijn vastgesteld of gewijzigd) is besloten deze bevoegdheden aan de raad van commissarissen toe te kennen. Op dit punt ligt het gebrek aan invloed dus niet aan de regeling van het (overheids)aandeelhouderschap in het BW maar aan het concrete bedrijf. Als in de algemene vergadering van aandeelhouders hierover overeenstemming wordt bereikt, kan zij autonoom de statuten wijzigen. Dit is een juridische werkelijkheid; of dit in de praktijk haalbaar is, zal moeten blijken.

Een ander voorkomend probleem is dat het aandeelhouderschap tussen overheden sterk versnipperd is hetgeen afbreuk doet aan de coherente uitoefening van de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders.²⁷⁵ Een kanttekening die kan worden geplaatst bij het verspreid aandelenbezit is dat er geen centrale aansturing plaatsvindt. Gemeenten en provincies zijn autonoom in het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en de minister van Binnenlandse Zaken heeft geen algemene bevoegdheden op dit punt ten aanzien van de decentrale overheden.

Bovendien blijkt in de praktijk ook de expertise van de publieke aandeelhouders niet altijd groot. De aandeelhoudende overheden worden doorgaans vertegenwoordigd op de aandeelhoudersvergadering door wethouders, gedeputeerden of ambtenaren. Zij zijn doorgaans geen specialisten op dit terrein en hebben vaak een bestuursportefeuille die breder is dan het behartigen van de aandeelhoudersbelangen. Het vereist deskundigheid ten aanzien van de organisatie van het bedrijf en de sector die vaak niet aanwezig blijkt in de praktijk. Dit maakt het uiterst moeilijk voor deze vertegenwoordigers van de aandeelhouders om het beleid van en de gang van zaken in de onderneming goed te volgen en indien noodzakelijk openlijk te bekritisieren. Dit kan ertoe leiden dat het bestuur in een machtsvacuüm opereert en dit kan weer tot misstanden leiden.²⁷⁶

De verschillende overheden blijken ook een verschillende perceptie te hebben van het publiek belang dat in het geding is bij publiek aandeelhouderschap. Voor de ene overheid blijkt het belangrijk om aandelen goed te verkopen (om hiermee gemeenschapsgeld te genereren) en voor de andere is het belangrijker om het bedrijf optimaal te controleren en juist gelet op het publieke belang van een goede uitvoering van de betrokken nutsvoorziening in eigen handen te houden. Deze verschillende opvattingen leiden niet tot een eenduidig beleid. Voor een kleine gemeente is het niet de moeite en het geld waard om zich intensief met het beleid van een nutsonderneming te bemoeien. Toch is het van belang dat in deze situatie, waar voor een structureel publiek aandeelhouderschap wordt gekozen, gezien wordt op welke manier de publieke aandeelhouders kunnen bereiken dat zij met één mond zullen spreken. Dit zal ook in de situatie zoals hiervoor geschetst de machtspositie van de algemene vergadering van aandeelhouders versterken.

Deze houding van aandeelhouders om zich niet actief bezig te houden met de vennootschap wordt in de vennootschapsrechtelijke literatuur ook wel aangeduid als rationeel-

²⁷³ Art. 2:158 lid 4 BW.

²⁷⁴ Art. 2:158 lid 5 BW.

²⁷⁵ Zie ook Roggenkamp 2006, p. 386.

²⁷⁶ Huizink 2004, p. 20.

apathisch.²⁷⁷ Bij overheden wier aandelenbezit erop is gericht om publieke belangen te dienen zou zo min mogelijk sprake moeten zijn van een rationeel-apathische houding. Als bij publieke aandeelhouders sprake is van een dergelijke houding zou ik menen dat publiek aandeelhouderschap een ongeschikt instrument is om publieke belangen te borgen. Toch is het begrijpelijk dat dit verschijnsel zich voordoet gezien het feitelijke gebrek aan deskundigheid op het terrein van ondernemingsbestuur en ondernemingsrecht. Een oplossing voor dit probleem kan zijn de noodzakelijke expertise centraal te organiseren zodat deze niet bij elke afzonderlijke aandeelhouder aanwezig hoeft te zijn. Een manier om dit te organiseren is door het aangaan van een aandeelhoudersovereenkomst waarin hierover afspraken worden vastgelegd. Hoewel dit instrument niet is geregeld in het BW, wordt het in de praktijk wel gebruikt en door de rechter erkend.²⁷⁸

Daarnaast kan de invloed worden uitgebreid doordat de betrokken aandeelhouder een zekere personele unie kent met het bestuur van de onderneming en/of met de raad van commissarissen. In zo'n geval wordt de grip op de vennootschap door de betrokken aandeelhouder sterker. Verder is een mogelijke oplossing om de bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders in de statuten uit te breiden. Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden vastgelegd dat bepaalde besluiten van het bestuur ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

4.6.4.7 Vennootschappelijk belang

In het BW is bepaald dat commissarissen zich hebben te richten naar het belang van de vennootschap.²⁷⁹ Algemeen is aanvaard dat dit ook voor de andere organen van de vennootschap geldt.²⁸⁰ Deze bepaling heeft ten doel aan te geven dat het belang van de aandeelhouders niet het enige is waar de organen van de vennootschap zich naar hebben te richten.²⁸¹ Als de overheid aandeelhouder is in een vennootschap kunnen publieke belangen een rol spelen in het belang van de vennootschap. Deze publieke belangen kunnen ook in de statutaire doelomschrijving worden ondergebracht. Deze publieke belangen vormen echter een deelbelang en staan als zodanig naast andere belangen, zoals het voortbestaan van de vennootschap en de belangen van de werknemers. Dit betekent dat een publieke aandeelhouder mag stemmen in het algemeen belang maar ook rekening heeft te houden met andere deelbelangen binnen de vennootschap. Zoals Zijlstra opmerkt, moeten deze belangen op grond van artikel 3:4 Awb door de overheid gewogen worden alvorens tot een besluit gekomen wordt. Het algemeen belang, oftewel de afweging tussen publieke belangen, kan nooit volledig samenvallen met het statutaire vennootschappelijke belang.²⁸²

Dit betekent dat bij volledig publiek aandeelhouderschap de mogelijke invloed van de overheid wel zeer groot kan zijn, hoewel het vennootschappelijk belang ook zijn beperkingen heeft, daar ook andere deelbelangen dan publieke belangen zullen moeten worden afgewogen.

²⁷⁷ Van Schilfgaarde 2006, p. 189.

²⁷⁸ Zie hierover Van Schilfgaarde 2006, p. 204 e.v.

²⁷⁹ Art. 2:140 BW.

²⁸⁰ Van Schilfgaarde 2006, p. 11.

²⁸¹ Zijlstra 1997, p. 379.

²⁸² Van Oosten 2005, p. 82-83.

4.6.5 Beïnvloedingsmogelijkheden minister op publieke aandeelhouders

In deze paragraaf komt aan de orde welke mogelijkheden de betrokken minister heeft om aandeelhoudende provincies en gemeenten te beïnvloeden. In Nederland zijn decentrale overheden in beginsel niet ondergeschikt aan de centrale overheid, tenzij de wetgever voor een bijzonder geval anders heeft bepaald. De verantwoordelijke minister heeft derhalve geen algemene bevoegdheden om invloed uit te oefenen op de wijze waarop gemeenten en provincies gebruik maken van hun aandeelhoudersbevoegdheden. Deze bevoegdheden kunnen wel door de wetgever worden gecreëerd.

In de Elektriciteitswet 1998 is bepaald dat aandelen in netbeheerders niet mogen worden verkocht, behoudens toestemming van de minister van Economische Zaken. Dit is een voorbeeld van een wettelijke bevoegdheid van de verantwoordelijke minister om zich te mengen in aandeelhoudersbevoegdheden van gemeenten en provincies.²⁸³

Een uiterste redmiddel dat de Kroon zou kunnen benutten om in te grijpen in aandeelhoudersbevoegdheden is het schorsen of vernietigen van een besluit tot het nemen van een privaatrechtelijke rechtshandeling van een gemeente- of provinciebestuur. Eind 2006 heeft zich dit voorgedaan toen minister Zalm de beslissing van het gemeentebestuur van Amsterdam om tegen een statutenwijziging die de privatisering van Schiphol mogelijk zou maken, te stemmen, vernietigde, zoals hiervoor al is besproken.²⁸⁴

Deze vernietigingsbevoegdheid van de Kroon is een zeer vergaand instrument. Het ligt voor de hand dat van dit instrument zeer terughoudend gebruik wordt gemaakt. In nutssectoren kan hiertoe aanleiding bestaan als het nationale beleid voor de sector botst met de plannen van de decentrale publieke aandeelhouders. Zo had minister Van der Hoeven (Economische Zaken, Balkenende IV, 2007-2010) het besluit van de verschillende gemeenten en provincies om Essent te verkopen aan het Duitse RWE kunnen vernietigen op grond van strijd met het algemeen belang.

De Kroon kan derhalve vergaande invloed hebben op de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden, maar zal hier niet gauw gebruik van maken. Toch zijn in het recente verleden voorbeelden te vinden van dit type ingrijpen.

4.6.6 Publiek aandeelhouderschap en concurrentie

De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord is in hoeverre publiek aandeelhouderschap samengaat met het bevorderen van concurrentie. Daarbij wordt besproken in hoeverre publiek aandeelhouderschap bij de verschillende concurrentiemodaliteiten voor de hand ligt.

Zoals hiervoor bleek (4.6.2), is in het verleden geen structureel staatsdeelnemingenbeleid gevoerd. In ieder geval is duidelijk dat in nutssectoren ondernemingen vaak door particulier initiatief zijn ontstaan en vervolgens door (lagere) overheden zijn overgenomen. Soms houdt of hield publiek aandeelhouderschap verband met een overgang naar privatisering (kabelbedrijven, energieleveranciers), in andere gevallen is het de bedoeling om de ondernemingen permanent in overheidshanden te houden (energienetbeheerders, drinkwaterondernemingen).

²⁸³ Art. 93 lid 2 en 3 E-wet.

²⁸⁴ Zie paragraaf 4.6.1.

Van de overheid wordt, en dat is ook niet verwonderlijk, een andere houding verwacht dan van het bedrijfsleven. Deze houding valt te omschrijven als gericht op publieke en niet op commerciële belangen. Illustratief hiervoor is de ophef over de bonussen die werden uitgedeeld aan bestuursvoorzitters van energiebedrijven waarvan de aandelen volledig in overheidshanden waren (4.6.4.5).

Helder is ook dat lagere overheden alleen aandelen mogen verwerven als dat vanwege een publieke taak gebeurt op grond van de Wet financiering decentrale overheden (4.6.2). Die publieke taak kan in beginsel net zo goed op een concurrerende markt van toepassing zijn als op niet concurrerende markt.

Hoewel hierover geen structureel beleid is, is er wel een uitgangspunt te ontwaren dat doorgaans geen rol voor de overheid als dienstverlener of producent is in ons economisch bestel voor activiteiten die adequaat door de markt kunnen worden verricht, zolang publieke belangen met publiekrechtelijke instrumenten, gebaseerd op wet- en regelgeving, kunnen worden veiliggesteld.²⁸⁵ Op grond hiervan zou alleen een rol voor de overheid als aandeelhouder zijn weggelegd wanneer de betrokken activiteiten vragen om rechtstreekse overheidsbemoeienis. Dit ligt ook voor de hand gelet op het feit dat er oneerlijke concurrentie zou kunnen plaatsvinden als publieke ondernemingen en private ondernemingen met elkaar concurreren. De overheid is als aandeelhouder immers mogelijk bereid tot onrendabele afwegingen die voor een private aandeelhouder niet haalbaar zijn.

Naast dit uitgangspunt geredeneerd vanuit ons economisch bestel, staat het uitgangspunt van de democratische rechtsstaat dat het primaat van de wetgever en het publiekrecht geldt op grond waarvan deelnemen in ondernemingen als instrument van overheidsbeleid in beginsel minder wenselijk wordt geacht.²⁸⁶

Verder kwam bij de bespreking van de motieven ook naar voren dat publiek aandeelhouderschap slechts in die uitzonderingsgevallen is aangewezen en kennelijk niet moet worden opgevat als een algemeen instrument van overheidsbeleid dat waar mogelijk kan worden gebruikt.²⁸⁷

Als de wetgever heeft gekozen voor concurrentie tussen de markt of op de markt – voor zover het de leveringsmarkt betreft – wordt verondersteld dat tussen de ondernemingen adequate concurrentie tot stand zal komen en is op grond van voornoemd uitgangspunt mijns inziens publiek aandeelhouderschap niet aangewezen, tenzij bepaalde publieke belangen niet op een andere wijze zouden kunnen worden gediend dan door middel van het aandeelhouderschap. Voor concurrentie op de markt, waar het de infrastructuur betreft, kan dit anders liggen. Als er een scheiding is aangebracht tussen infrastructuur en levering en het gaat om cruciale infrastructuren, is rechtstreekse overheidsbemoeienis wel te rechtvaardigen. Ditzelfde geldt voor concurrentie om de markt. Ook daar lijkt geen toegevoegde waarde van publiek aandeelhouderschap te bestaan wanneer adequate concurrentie tot stand komt.

De prestatievergelijking is aan de orde wanneer eigendom, beheer en gebruik van het netwerk zo met elkaar verbonden zijn dat aanbesteding niet denkbaar of wenselijk is. Hierbij is sprake van een of meer permanente monopolies. Als gekozen is voor een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme ligt uitvoering door de overheid, al of niet in de vorm van een vennootschap, voor de hand omdat in het systeem zelf niet kan worden ingegrepen in de publieke belangenafweging vanwege het ontbreken van economische prikkels voor het be-

²⁸⁵ Boot 2007, p. 50.

²⁸⁶ De Ru, Solinge & Bleeker 2007, p. 23.

²⁸⁷ Zie voor deze motieven paragraaf 4.6.2.

trokken bedrijf. Daarom is het niet onlogisch om publiek aandeelhouderschap in te zetten als gekozen is voor een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme.

4.6.7 Slotsom

Analyse van de gehanteerde motieven voor het gebruik van het privaatrechtelijke instrument publiek aandeelhouderschap levert een uiteenlopend beeld op. Ten eerste blijkt een motief voor overheidseigendom van een vennootschap te vinden voorafgaand aan volledige privatisering. Ten tweede is een mogelijk motief het in handen willen houden van vitale nationale infrastructuur om gemakkelijker te kunnen ingrijpen in een crisissituatie en /of eventueel over te gaan tot het gaan uitoefenen van meer invloed op de betrokken onderneming. Een derde motief is dat met behulp van dit instrument publieke belangen zouden kunnen worden geborgd die niet of moeilijk met behulp van publiekrechtelijke instrumenten gebaseerd op wet- en regelgeving, kunnen worden geborgd. In het midden blijft om welke publieke belangen het hierbij zou gaan. De laatste twee motieven rechtvaardigen de stelling dat de aandeelhoudende overheden door middel van het publiek aandeelhouderschap wel over daadwerkelijke invloed zouden moeten beschikken. Anders zullen de doelen die met deze motieven samenhangen niet kunnen worden bereikt.

Onduidelijk blijft welke concrete publieke belangen publiek aandeelhouderschap rechtvaardigen. Onder welke omstandigheden voegt het publiek aandeelhouderschap daadwerkelijk iets toe aan de doelstellingen die met regelgeving (en daarop gebaseerde publiekrechtelijke instrumenten) kunnen worden bereikt? In ieder geval wordt duidelijk dat niet in het algemeen gesteld kan worden dat het publiek belang eist dat een onderneming in overheidshanden blijft.²⁸⁸ Maar wat zou het antwoord moeten zijn op de vraag in welke gevallen het publieke belang zo complex en ongrijpbaar is, dat publiek aandeelhouderschap gerechtvaardigd is?

Uiteindelijk kan de algemene vergadering van aandeelhouders zeer belangrijke en ingrijpende beslissingen nemen, zoals het overgaan tot splitsing, fusie en kapitaalvermindering. De overheid kan, als zij honderd procent van de aandelen bezit, bestuurders benoemen en ontslaan en heeft volledige invloed op alle te nemen besluiten in de algemene vergadering van aandeelhouders. Hoe kleiner het percentage van de aandelen, hoe minder macht de overheid in de algemene vergadering van aandeelhouders heeft. Deze bevoegdheden zijn uiteindelijk echter 'botte' middelen voor de beïnvloeding van het reilen en zeilen van de onderneming om daarmee publieke belangen te borgen. Ze zijn zeer ingrijpend en daarom zal er naar ik vermoed niet snel gebruik van worden gemaakt. Wel kan van deze zware bevoegdheden een sterke prikkel richting het bestuur uitgaan. Hiervoor is echter een eensgezinde algemene vergadering van aandeelhouders een vereiste. De algemene vergadering van aandeelhouders beschikt op grond van het BW niet over subtiele bevoegdheden waarmee ze rechtstreeks invloed kan uitoefenen op de bedrijfsvoering en de keuzes die het bestuur maakt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het bepalen van de tarieven die bij consumenten in rekening worden gebracht en het nemen van beslissingen over onderhoud aan en investeringen in de infrastructuur.

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, kunnen deze bevoegdheden wel tot stand worden gebracht in de statuten van de vennootschap of – in afwijking van het BW – door middel van wetgeving in formele zin. Het instrument van publiek aandeelhouderschap illustreert hoe

²⁸⁸ Zie ook Boot 2007, p. 55.

belangrijk het is om een onderscheid te maken tussen ontwerp-, correctie- en controlefunctie. Het is erg makkelijk om, als blijkt dat overheid door middel van aandeelhouderschap in de praktijk niet in staat blijkt om publieke belangen te borgen, het instrument op zich als niet adequaat te beschouwen, dus voorzover het een ontwerpfunctie vervult. Maar uit nadere analyse blijkt ten eerste dat het instrument als het ware niet volledig wordt benut, doordat de publieke aandeelhouders bevoegdheden uit handen geven. Daarnaast wordt onvoldoende resp. geen gebruik gemaakt van de ter beschikking staande controle- en correctiefunctie met het oog waarop aandeelhoudersbevoegdheden kunnen worden benut. Maar hoewel de mogelijke bevoegdheden verder gaan dan de publieke aandeelhouders doorgaans in de praktijk benutten, blijft het publiek aandeelhouderschap ongeschikt om publieke belangen te borgen.

Aan het bestuur kunnen geen concrete instructies worden gegeven door andere vennootschappelijke organen, ook niet door de algemene vergadering van aandeelhouders. Algemene instructies kan de algemene vergadering van aandeelhouders wel geven. Als zij het oneens is met het in de onderneming gevoerde beleid op een concreet punt en het hierover niet eens kan worden met het bestuur dient de algemene vergadering van aandeelhouders het bestuur te ontslaan en een nieuw bestuur te benoemen. Het recht van de algemene vergadering van aandeelhouders om het bestuur te benoemen, betekent derhalve niet dat zij de door haar benoemde bestuurders later kan beïnvloeden, althans niet in concrete gevallen. Dit relativeert de stelling dat de overheid bij 100% aandeelhouderschap nagenoeg volledige invloed kan uitoefenen. Dit blijkt in de praktijk af te hangen van de bevoegdheden die de aandeelhoudersvergadering zich toeëigent en van de vraag op welke wijze daar in de praktijk gebruik van wordt gemaakt.

Een ander probleem dat zich specifiek voordoet in nutssectoren is de afname van invloed door versnipperd aandeelhouderschap. In een aantal sectoren waar publiek aandeelhouderschap een rol speelt, is het aandeelhouderschap sterk versnipperd. Zo is in de drinkwatersector en in de energiesector sprake van een groot aantal verschillende aandeelhoudende overheden. Dit versnipperde aandeelhouderschap kan leiden tot een afname van de invloed van de algemene vergadering van aandeelhouders en het niet goed kunnen uitoefenen van de aandeelhoudersbevoegdheden.²⁸⁹ Daarnaast is sprake van rationeel-apathisch gedrag bij aandeelhouders. Dit leidt ertoe dat publiek aandeelhouderschap als instrument ineffectief wordt.

Bovendien blijkt dat in ons economisch bestel publiek aandeelhouderschap en concurrentie met elkaar op gespannen voet staan. Als publieke ondernemingen en private ondernemingen met elkaar concurreren, is er een groot risico op oneerlijke concurrentie. Om deze reden is bij concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt voor de leveringsmarkt, publiek aandeelhouderschap van de concurrerende ondernemingen niet aangegeven.

²⁸⁹ Boot 2007, p. 66.

4.7 Overige instrumenten

4.7.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een aantal instrumenten besproken waarvan veelvuldig gebruik wordt gemaakt in de onderzochte sectoren. Het gaat hierbij allereerst om algemene bestuursrechtelijke reparatoire sancties die in de Awb – het algemene deel van het bestuursrecht – een grondslag hebben: de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Daarnaast wordt een ander bestuursrechtelijk instrument besproken dat niet voorkomt in het algemene deel van het bestuursrecht. Dit is de bindende aanwijzing. Dit instrument komt niet als zodanig in de Awb maar slechts in bijzondere wetten voor.

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds aangegeven, worden in dit onderzoek niet alle mogelijke instrumenten onderzocht. Punitieve sancties worden hier buiten beschouwing gelaten. Van reparatoire sancties kan worden vastgesteld dat zij gericht zijn op marktwerking, als sluitstuk van andere instrumenten omdat zij gericht zijn op het herstel van de rechtmatige toestand die is gericht op marktwerking. Zij zijn gericht op directe borging van het publieke belang (in de vorm van resultaat) terwijl punitieve sancties alleen repressief werken en in die zin de publieke belangen indirect borgen. In deze paragraaf worden deze instrumenten nader besproken, en wordt gezien in hoeverre zij een rol kunnen spelen bij de borging van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren.

Om dit antwoord te geven, worden eerst de motieven besproken voor het gebruiken van de algemene bestuursrechtelijke reparatoire sancties en de bindende aanwijzing (4.7.2). Daarna wordt de aard van de verschillende instrumenten besproken (4.7.3-4.7.4) en gezien hoe zij zich verhouden met concurrentie (4.7.5-4.7.6). Ten slotte wordt een antwoord gegeven op de hiervoor gepresenteerde vraag (4.7.7).

4.7.2 Motieven

In deze subparagraaf (4.7.2) wordt eerst ingegaan op de motieven voor de algemene bestuursrechtelijke reparatoire sancties en vervolgens op de motieven voor het hanteren van de bindende aanwijzing. De last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang zijn sancties die zijn gericht op het herstel van de rechtmatige situatie of om verdere overtreding te voorkomen, en wordt ook wel genoemd: 'herstelsancties'.

De bindende aanwijzing is een instrument waarover nog niet veel is geschreven en vormt dan ook een nog onontgonnen terrein in de bestuursrechtelijke literatuur.²⁹⁰ De bindende aanwijzing kan naar mijn mening worden gekwalificeerd als een herstelsanctie. De aanwijzing is doorgaans gericht op het herstel van de rechtmatige rechtstoestand, tenminste als deze wordt ingezet als een handhavinginstrument. Soms wordt aan een bestuursorgaan een aanwijzingsbevoegdheid gegeven zonder dat hierbij sprake hoeft te zijn van een onrechtmatige rechtstoestand. In dat geval kan derhalve niet van een handhavinginstrument worden gesproken.

Een vraag die rijst, is of waneer een overtreding wordt geconstateerd, de overheid ook gehouden is om een sanctie op te leggen. Er zijn nog onvoldoende aanknopingspunten in de

²⁹⁰ Zie hierover specifiek gericht op gereguleerde markten: Duijkersloot 2007, p. 49-50, Verhey & Verheij 2005, p. 158 en specifiek gericht op de telecomunicatiesector: Ottow 2004, p. 198-199.

jurisprudentie om te kunnen constateren dat, net als in bepaalde andere delen van het bestuursrecht, op gereguleerde markten een beginselplicht tot handhaving zou gelden.²⁹¹

4.7.3 Algemene bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten: aard instrumenten

De last onder bestuursdwang houdt ook in dat de overtreder wordt verplicht om de rechtmatige toestand te herstellen. Als de overtreder dit verzuimt, zal het bestuursorgaan dat de sanctie heeft opgelegd zelf overgaan tot het herstellen van de rechtmatige rechtstoestand, met dien verstande dat de kosten van dit optreden op de overtreder worden verhaald.²⁹² De last onder dwangsom houdt in dat de overtreder wordt verplicht om de rechtmatige toestand te herstellen.²⁹³ Als de overtreder dit verzuimt, moet hij een bepaald bedrag betalen.²⁹⁴

De algemene bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten hebben een correctiefunctie. Nadat met behulp van controlerende instrumenten is gebleken dat sprake is van een overtreding, kan met deze instrumenten een correctie plaatsvinden. Bovendien zijn het publiekrechtelijke instrumenten in de zin van de definitie van instrumenten in deze studie. Deze instrumenten zijn ingrijpend en geven de overheid invloed om het borgen van publieke belangen af te dwingen. Doordat zij uiteindelijk zelf kan ingrijpen na het opleggen van een last onder bestuursdwang heeft de overheid het in eigen hand om de situatie in de rechtmatige toestand te herstellen.

Uiteraard kan het ingrijpen met deze algemene bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten slechts plaatsvinden als sprake is van de overtreding van een gedragsvoorschrift.²⁹⁵ Dit kan een gedragsvoorschrift in sturende wetgeving zijn of verbonden aan bijvoorbeeld een vergunning of een concessie.

4.7.4 Bindende aanwijzing: aard instrument

Zoals hiervoor is besproken, wordt de bindende aanwijzing veelal ingezet als een herstelsanctie. De bindende aanwijzing wordt in de elektriciteitssector, de drinkwatersector en de kabelsector gebruikt.

Volgens de Energiekamer is het een dwingend schrijven, waarin is vastgelegd welke bepalingen uit de Elektriciteitswet 1998 of uit de Richtlijnen niet zijn nageleefd en waarin de partij wordt verplicht om binnen een bepaalde termijn alsnog aan deze bepalingen te voldoen. 'Ook kan met een bindende aanwijzing een norm nader worden geconcretiseerd.'

Een bindende aanwijzing wordt door de rechter gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Bij het gebruikmaken van de bevoegdheid om een bindende aanwijzing te geven geniet de Energiekamer een ruime beleidsvrijheid volgens het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.²⁹⁶

De eigenaar van een drinkwaterbedrijf moet rechtshandelingen die de zeggenschapsverhoudingen in een drinkwaterbedrijf kunnen beïnvloeden, melden aan de minister van VROM. Het overtreden van deze meldingsplicht is strafbaar. Als er naar het oordeel van de ministprake is van een verboden rechtshandeling, geeft hij een aanwijzing aan de daarbij betrokken personen tot het binnen een daarbij te stellen termijn beëindigen van die handeling of het ongedaan maken van de ge-

²⁹¹ Duijkersloot 2007, p. 67.

²⁹² Artt. 5:21 en 5:25 Awb.

²⁹³ Zie over bestuursdwang en dwangsom: in het algemeen: Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005.

²⁹⁴ Art. 5:31d Awb.

²⁹⁵ Artt. 5:21 en 31d Awb.

²⁹⁶ Zie paragraaf 6.7.7.

volgen van die handeling. Het verrichten van een verboden rechtshandeling alsmede het niet opvolgen van de aanwijzing is strafbaar. Bovendien kan tegen het niet naleven van de aanwijzing met bestuursrechtelijke handavingsinstrumenten worden opgetreden. Aangezien een last onder bestuursdwang geen uitkomst biedt, zal een last onder dwangsom moeten worden opgelegd.²⁹⁷

De minister van EZ kan in de telecommunicatiesector een aanwijzing geven in bijzondere omstandigheden. Hij kan aanwijzingen geven met betrekking tot de instandhouding en exploitatie van (kabel)netwerken en het verzorgen en gebruiken van hun diensten. Dit kan alleen als dit noodzakelijk is om een strafbare gedraging te beëindigen of in het belang van de veiligheid van de staat.²⁹⁸

Uit deze voorbeelden komt naar voren dat een bindende aanwijzing een tussenstation kan zijn voordat tot verdere handhaving door middel van andere sancties wordt overgegaan. Zo zou het kunnen worden gekwalificeerd als een mededeling met rechtsgevolg, die erop gericht is voor de betrokkene helderheid te scheppen omtrent zijn verplichtingen. In het laatste voorbeeld bleek dat in de kabelsector sprake is van een ander type aanwijzing. De aanwijzing in bijzondere omstandigheden ziet niet alleen op overtreding maar kan ook worden gegeven in het belang van de veiligheid van de staat. Hiermee is het derhalve geen handavingsinstrument maar een gebod.²⁹⁹ Er bestaan in het bestuursrecht ook figuren die het midden houden tussen besturen en handhaven. Een voorbeeld is de – inmiddels gesneuvelde – figuur van de aanwijzing groot onderhoud op grond van de Woningwet die het midden hield tussen normstelling en handhaving.³⁰⁰

4.7.5 Algemene bestuursrechtelijke handavingsinstrumenten en concurrentie

De bestuursrechtelijke handavingsinstrumenten die in deze paragraaf worden besproken zijn niet gekoppeld aan één bepaalde concurrentiemodaliteit. Met behulp van deze instrumenten worden gedragsvoorschriften gehandhaafd en in de afweging of deze instrumenten worden ingezet, is de aanwezigheid van concurrentie in beginsel geen factor van doorslaggevende betekenis.

De afwegingen betreffende de verhouding van concurrentie met de instrumenten worden in dit geval gemaakt bij de instrumenten (sturende wetgeving, vergunning, concessies, openbaarmakingsverplichtingen) die worden gehandhaafd. De keuze voor een bepaald handavingsinstrument ziet op de feitelijke mogelijkheden die deze instrumenten hebben om hun doel te bereiken.

4.7.6 Slotsom

De rol die de reparatoire sancties spelen in nutssectoren wijkt in beginsel niet af van de rol die zij hebben in andere sectoren. Zij zijn van groot belang voor het borgen van publieke belangen. Van het hanteren van handavingsinstrumenten gaat een preventieve werking uit. Het kunnen zeer ingrijpende instrumenten zijn. Zij hebben een correctiefunctie in termen van dit onderzoek. De afweging of deze instrumenten worden gebruikt, heeft geen rechtstreekse relatie met de aanwezigheid van concurrentie. De verhouding met concurrentie wordt afgewogen bij de inzet van de instrumenten die door de in deze paragraaf behandelde instrumen-

²⁹⁷ Zie paragraaf 5.7.7.

²⁹⁸ Zie paragraaf 8.7.6.

²⁹⁹ Zie voor de constatering dat de aanwijzingsbevoegdheid soms een sanctie inhoudt maar soms evident niet ook: Duijkersloot 2007, p. 65, Ottow 2004, p. 198 en Verhey & Verheij 2005, p. 158.

³⁰⁰ Zie hierover De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001b, p. 425-426.

ten worden gehandhaafd. Het is steeds van belang te bezien of de instrumenten die worden ingezet ook kunnen worden gecorrigeerd. Een geschikte manier om dit te doen is met behulp van de hier besproken handhavingsinstrumenten.

4.8 Slotsom

4.8.1 Inleiding

Instrumenten werden aan het begin van dit hoofdstuk gedefinieerd als bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en feitelijke middelen waarmee publieke belangen geborgd kunnen worden door consumenten, ondernemingen en overheden op gereguleerde markten in nutssectoren. Er is behoefte ontstaan aan andere instrumenten of een andere inzet van instrumenten na liberalisering van de nutssectoren omdat niet langer uitsluitend van de overheid maar in toenemende mate van private partijen werd verwacht dat zij publieke belangen zouden borgen. Deze andere instrumenten kunnen drie verschillende functies vervullen op gereguleerde markten in nutssectoren: een ontwerp-, correctie- of controlefunctie. Het is van belang deze van elkaar te onderscheiden zodat er een juiste keuze voor de instrumenten kan worden gemaakt. Een juiste keuze wil zeggen voldoende instrumenten die op een goede manier worden ingezet zodat publieke belangen kunnen worden geborgd.

In dit hoofdstuk is besproken welke instrumenten de wetgever kan creëren om nutssectoren te reguleren. De volgende vraag stond centraal: op welke wijze kunnen publieke belangen die zijn vastgesteld voor nutssectoren op een geschikte wijze worden geborgd met behulp van deze instrumenten? Hierbij werd geanalyseerd of en op welke wijze het zinvol is bepaalde instrumenten in te zetten voor het borgen van publieke belangen in de onderscheidenlijke concurrentiemodaliteiten. Hierbij zijn de motieven voor de toepassing van de instrumenten besproken, zijn de instrumenten zelf beschreven, is de aard van de instrumenten besproken en zijn de mogelijkheden om de instrumenten in te zetten bij verschillende concurrentiemodaliteiten geanalyseerd. Hierna wordt per instrument kort beschreven welke antwoorden op de voornoemde vraag werden gegeven, in het bijzonder ten aanzien van de verschillende concurrentiemodaliteiten. Achtereenvolgens worden hierna besproken: sturende wetgeving (4.8.2), tariefregulering (4.8.3), openbaarmaking (4.8.4), de vergunning en concessie (4.8.5), publiek aandeelhouderschap (4.8.6) en overige instrumenten (4.8.7) waarna tot een conclusie zal worden gekomen (4.8.8).

4.8.2 Sturende wetgeving

Bij het instrument sturende wetgeving werd duidelijk dat zij in vele verschijningsvormen kan optreden. Enerzijds kan normering op zich staan of verbonden zijn aan andere instrumenten, anderzijds kan regelgeving wat betreft inhoud uiteenlopen van zeer ingrijpend tot mild ingrijpend. Sturende wetgeving vervult op gereguleerde markten in nutssectoren een ontwerpfunctie. De geldende normen horen tot het basale marktontwerp. Op grond van deze normen gelden verplichtingen voor partijen. Het is van belang dat ook bevoegdheden worden gecreëerd om de naleving te controleren en corrigerend in te grijpen waar nodig.

In dit hoofdstuk werd duidelijk dat sturende wetgeving in alle concurrentiemodaliteiten een rol speelt, maar niet in alle eenzelfde rol. Als gekozen wordt voor concurrentie tussen marktsegmenten of op de markt – en er dus sprake is van rechtstreekse concurrentie tussen ondernemingen – blijkt dat het van belang is dat sturende regelgeving een wat globaler karakter kent. Dit laat de ondernemingen immers ruimte om daadwerkelijk met elkaar te concurreren. Als gekozen is voor concurrentie om de markt of benchmarking, dan bestaan minder bezwaren tegen het vaststellen van detailregelgeving. Er is geen sprake van rechtstreekse concurrentie en daarom heeft de regelgever in beginsel ruim baan om zo goed mogelijk pu-

blieke belangen te borgen door middel van algemene regels, al dan niet verbonden aan een ander instrument.

Voor het niveau waarop sturende regelgeving wordt vastgesteld, is van belang dat kernbepalingen die geen details bevatten en die niet snel behoeven te worden gewijzigd bij wet in formele zin en eventueel in daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur worden vastgelegd. Detailbepalingen die relatief makkelijk moeten kunnen worden aangepast moeten op een zo laag mogelijk niveau worden vastgesteld. In nutssectoren kan dit gebeuren door de minister, een marktautoriteit of een aanbestedende dienst.

4.8.3 Tariefregulering

Tariefregulering is een eenzijdige, door de overheid opgelegde, verplichting die vele vormen kent die elk meer of minder ingrijpend van inhoud kunnen zijn. Tarieven kunnen worden overgelaten aan de markt, ze kunnen door middel van ex-postingrijpen achteraf worden vastgesteld of vooraf (ex ante) worden vastgelegd.

Tariefregulering kan zowel een ontwerpfunctie als een correctiefunctie vervullen. Zij heeft een ontwerpfunctie als sprake is van ex ante tariefregulering, waarbij de tarieven vooraf door de overheid worden beïnvloed. Als de overheid achteraf ingrijpt omdat de gehanteerde prijzen onredelijk zijn, wordt een correctiefunctie vervuld.

In sectoren waarin sprake is van rechtstreekse concurrentie tussen ondernemingen moet geen ingrijpende tariefregulering plaatsvinden omdat deze de marktwerking zou frustreren. Hoe mindsprake is van concurrentie hoe meer ruimte, maar ook noodzaak, bestaat om de tarieven indringend te reguleren. Bij concurrentie om de markt wordt een monopolie verleend en zodoende moet de overheid vooraf tarieven vaststellen. Bij maatstafconcurrentie of benchmarking is er ook sprake van een monopolie waardoor behoefte is aan tarieftoezicht. Bij benchmarking is de prikkel die uitgaat van de prestatievergelijking gering omdat er geen afrekenmechanisme bestaat. Hierom is tariefvaststelling vooraf geboden.

Bij concurrentie op de markt voorzover het gaat om de consumentenmarkt en bij concurrentie tussen marktsegmenten kan worden volstaan met de inzet van tariefregulering met een correctiefunctie; door middel van ingrijpen achteraf. Bij de andere vormen (concurrentie op de markt voor het verlenen van toegang tot de infrastructuur aan leveranciers, concurrentie om de markt en benchmarking) is er gelet op de monopolievorming behoefte aan de inzet van tariefregulering met een ontwerpfunctie, namelijk vooraf door middel van sector- of regio-specifieke tariefregulering.

4.8.4 Informatieverstrekking

Informatieverstrekking is van belang in een concurrerende omgeving. Verschillende partijen hebben informatie nodig om hun keuzes op te baseren. Voor consumenten is informatieverstrekking met een ontwerpfunctie van belang om de informatie-asymmetrie op te heffen wanneer is gekozen voor concurrentie tussen marktsegmenten of concurrentie op de markt. Alleen de plicht voor vennootschappen om hun jaarrekening te publiceren is daarvoor onvoldoende. Consumenten hebben daarom behoefte aan toegankelijke informatie en daarmee aan specifieke regelingen inzake informatie en openbaarmaking voor zover zij onvoldoende informatie krijgen van de aanbieders zelf. Hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat in economische theorieën doorgaans wordt uitgegaan van de niet realistische veronderstelling van 'de rationele consument'. Dit betekent dat niet te veel moet worden verwacht van het

informerend van de consument. Er kan niet voetstoots vanuit worden gegaan dat de consument bereid en in staat is om op rationele wijze op deze informatie te reageren. Daarom is het van belang dat er andere instrumenten aanwezig zijn om als dat noodzakelijk is, in de publieke belangenafweging in te grijpen. Dit is bijvoorbeeld noodzakelijk wanneer blijkt dat de gekozen instrumenten niet leiden tot de voorgestane publieke belangen.

Informatieverstrekking en openbaarmaking kunnen een ontwerp-, controle- en correctiefunctie vervullen. Als de beschikking over informatie voor de consument nodig is om zijn keuze op te baseren, heeft de informatieverstrekking een ontwerpfunctie. Informatieverstrekking vervult bij uitstek een controlefunctie om na te kunnen gaan of aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Informatieverstrekking kan ook worden gebruikt als sanctie. Dan vervult het een correctiefunctie.

Juist vanwege het beïnvloeden van de consument is *naming and shaming* een effectief instrument in concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt. In dit geval heeft het een correctiefunctie aangezien het een bestraffend karakter heeft en volgt op een (vermeende) niet-naleving.

Wanneer is gekozen voor concurrentie om de markt is het van belang dat het bestuursorgaan dat de opdracht verleent en onder omstandigheden de meedingers naar de opdracht informatie verkrijgen van de zittende monopolist. Ook in dit geval heeft de afdwingbare plicht voor de monopolist om informatie te verstrekken een ontwerpfunctie.

Als is gekozen voor een prestatievergelijking vervult de informatieverstrekking zowel een ontwerp- als een controlefunctie. De prestatievergelijking op zich en de informatieplichten die daaraan zijn verbonden zijn de instrumenten. Deze openbare prestatievergelijking draagt ook een zeker *naming and shaming* karakter in zich, maar is niet bedoeld als sanctie.

In het algemeen, dus voor alle concurrentiemodaliteiten, geldt dat de volksvertegenwoordiging op nationaal of decentraal niveau zijn controlerende taak alleen kan uitoefenen als zij over informatie beschikt. Daarom heeft politieke openbaarmaking in alle concurrentiemodaliteiten een belangrijke controlefunctie. Deze behoefte bestaat altijd bij de volksvertegenwoordiging, maar deze behoefte kan nog groter zijn wanneer de overheid zelf de sturende factor is op een gereguleerde markt zoals het geval is bij concurrentie om de markt of bij benchmarking.

4.8.5 Vergunning en concessie

De vergunning en concessie vervullen een ontwerpfunctie op gereguleerde markten in nutssectoren door aan ondernemingen toegang tot de markt te verlenen. In nutssectoren kan toegang tot de markt worden gereguleerd met behulp van een vergunningsstelsel. Een ieder die voldoet aan bepaalde eisen, krijgt een vergunning en mag daarmee nutsdiensten leveren, waarbij hij gehouden is aan de voorschriften die daaraan zijn verbonden. Aangezien het leidend motief bij de keuze voor een vergunningsstelsel doorgaans is dat een individuele belangenafweging noodzakelijk is, is het de vraag of het wel het geschikte instrument is om markttoegang te reguleren.

De concessie heeft een ontwerpfunctie bij concurrentie om de markt. De concessie kan worden aanbesteed en is zo voorwerp van concurrentie. De concessie verleent toegang tot de markt als monopolist. De wetgever zal hier niet terughoudend hoeven zijn met het stellen van voorschriften aangezien het hier juist van belang is dat er voldoende overheidsinvloed plaatsvindt.

4.8.6 Publiek aandeelhouderschap

Er zijn verschillende motieven denkbaar voor het inzetten van publiek aandeelhouderschap als instrument om publieke belangen te borgen in nutssectoren. Ten eerste is het een manier om geleidelijk op weg te gaan naar privatisering van een bepaalde overheidstaak. Ten tweede is een mogelijk motief dat met behulp van dit instrument publieke belangen zouden kunnen worden geborgd die niet of moeilijk met behulp van publiekrechtelijke instrumenten gebaseerd op wet- en regelgeving, kunnen worden geborgd. Een derde motief is het in handen willen houden van vitale nationale infrastructuur om gemakkelijker te kunnen ingrijpen in een crisissituatie of eventueel over te gaan tot nationalisering van de betrokken onderneming. De laatste twee genoemde motieven rechtvaardigen een doorslaggevende overheidsinvloed bij inzet van publiek aandeelhouderschap als instrument om publieke belangen te borgen.

Aandeelhouderschap brengt verschillende bevoegdheden mee. Het aandeelhouder-schap op zichzelf vervult een ontwerpfunctie. Op deze manier houdt de overheid invloed op de betrokken onderneming. Daarnaast kunnen aandeelhoudersbevoegdheden worden ge-bruikt om te controleren en te corrigeren.

De aandeelhoudersbevoegdheden stellen de aandeelhouders in staat om vergaand in te grijpen maar niet om in concrete gevallen het bestuur te beïnvloeden. Dit maakt publiek aan-deelhouderschap tot een instrument dat zich niet leent voor het ingrijpen in concrete geval-len. In de praktijk blijkt bovendien dat de mogelijkheden die publiek aandeelhouderschap wel biedt onvoldoende wordt benut. Hierin zou consequenter en beter moeten worden opgetre-den.

Publiek aandeelhouderschap staat bij sectoren waarin adequate concurrentie plaats-vindt op gespannen voet met het uitgangspunt dat doorgaans geen rol voor de overheid als dienstverlener of producent is in ons economisch bestel voor activiteiten die adequaat door de markt kunnen worden verricht, zolang publieke belangen met publiekrechtelijke instru-menten, gebaseerd op wet- en regelgeving, kunnen worden veiliggesteld. Als sprake is van een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme en derhalve niet van wezenlijke concu-rrentie, ligt publiek aandeelhouderschap voor de hand, te meer daar het betrokken bedrijf over een monopolie beschikt en er geen andere prikkels zijn (behoudens wettelijke normen) die nopen tot optimaal presteren.

Bovendien blijkt dat in ons economisch bestel publiek aandeelhouderschap en concu-rrentie met elkaar op gespannen voet staan. Als publieke ondernemingen en private onder-nemingen met elkaar concurreren, is er een groot risico op oneerlijke concurrentie. Om deze reden is bij concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt voor de leve-ringsmarkt, publiek aandeelhouderschap van de concurrerende ondernemingen niet aange-wezen.

4.8.7 Overige instrumenten

Bij de overige instrumenten zijn besproken de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom, de bestuurlijke boete en de bindende aanwijzing. Gebleken is dat deze instru-menten een correctiefunctie vervullen. De rol die de bestuursrechtelijke handavingsinstru-menten spelen in nutssectoren wijkt in beginsel niet af van de rol die zij hebben in andere sec-toren. Zij zijn van groot belang voor het borgen van publieke belangen. Van het hanteren van handavingsinstrumenten gaat een preventieve werking uit. Het kunnen zeer ingrijpende instrumenten zijn. Zij hebben een correctiefunctie in termen van dit onderzoek. De afweging

of deze instrumenten worden gebruikt, heeft geen rechtstreekse relatie met de aanwezigheid van concurrentie. De verhouding met concurrentie wordt afgewogen bij de inzet van de instrumenten die door de in deze paragraaf behandelde instrumenten worden gehandhaafd. Het is steeds van belang te bezien of de instrumenten die worden ingezet ook kunnen worden gecorrigeerd. Een geschikte manier om dit te doen is met behulp van de hier besproken handhavingsinstrumenten.

4.8.8 Slotsom

In dit hoofdstuk is een aantal belangrijke instrumenten die kunnen worden toegepast bij de regulering van nutssectoren besproken. Gebleken is dat de instrumenten bij de verschillende concurrentiemodaliteiten op een verschillende wijze moeten worden ingezet. Op grond van economische motieven en het willen borgen van publieke belangen wordt gekozen voor het toepassen van een bepaalde concurrentiemodaliteit. Als eenmaal voor een concurrentiemodaliteit is gekozen, heeft dit consequenties voor de mogelijkheid en vruchtbaarheid van de inzet van bepaalde instrumenten en de vraag door wie zij zouden moeten worden ingezet. Hierbij moet onder ogen worden gezien of een concreet instrument een ontwerp- correctie- of controlefunctie vervult, om te komen tot een gebalanceerde inzet van instrumenten, waarbij niet teveel maar ook niet te weinig instrumenten worden ingezet.

DEEL II: SECTORHOOFDSTUKKEN

5. DRINKWATER

5.1 Inleiding

5.1.1 Achtergrond

Schoon drinkwater is een primaire levensbehoefte van de mens. De drinkwatersector is daarom van groot belang in onze samenleving. De afgelopen jaren zijn in Nederland verschillende voorstellen gedaan om aan de regulering van de sector te sleutelen. Ondanks voorstellen om – evenals in andere netwerksectoren – op het gebied van drinkwater tot liberalisering en eventueel tot privatisering over te gaan, is de drinkwatervoorziening grotendeels in handen van de overheid gebleven. De minst vergaande vorm van concurrentie, prestatievergelijking tussen publieke bedrijven, is in deze sector inmiddels tot uitgangspunt genomen.

Een motief voor het in overheidshanden willen houden van de drinkwatervoorziening is het gegeven dat het functioneren van de openbare drinkwatervoorziening een belangrijke relatie heeft met de volksgezondheid. Voldoende schoon drinkwater is immers een voorwaarde voor hygiëne hetgeen rechtstreekse implicaties heeft voor de volksgezondheid. Aan privatisering en marktwerking kleven risico's en met zwaarwegende publieke belangen is de mogelijke efficiëntiewinst het wellicht niet waard om een risico te nemen. Bovendien zijn er (mogelijk) alternatieven om op andere wijzen dan privatisering en echte concurrentie deze winst te behalen.

Door het kabinet wordt dan ook geconstateerd dat een bedreiging van de veiligheid van drinkwater en het uitvallen van de levering ernstige maatschappelijke ontwrichting kan veroorzaken. Een drinkwaterstoring kan worden veroorzaakt door een breuk in de leiding of doordat omwaaiende bomen een leiding meetrekken of een elektriciteitsstoring. Ook als het drinkwater wel door de leidingen stroomt, maar de kwaliteit onvoldoende is omdat het vervuild is, kan dit tot problemen leiden. Om deze reden zijn drinkwaterinfrastructuren, net zoals andere nutssectoren, aangesloten op het Alerteringssysteem Terrorismebestrijding.¹ Dit systeem zorgt ervoor dat in geval van verhoogde terroristische dreiging bepaalde sectoren worden gewaarschuwd zodat zij maatregelen kunnen nemen.²

5.1.2 Probleemstelling

De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord, is in hoeverre de nationale overheid (Tweede Kamer en de minister van Volksgezondheid, Ruimtelijke Ordening en Milieu) gegeven de concurrentiemodaliteit, de verantwoordelijkheidsverdeling in de sector en de beschikbare instrumenten, in staat is om in te grijpen om publieke belangen te borgen binnen de grenzen van het EU-recht.

De buitengrens van deze vraagstelling wordt, zoals reeds uit de voorgaande vraag blijkt, gevormd door het EU-recht. De keuzevrijheid van de nationale wetgever wordt hierdoor beperkt; daarom is het van belang het EU-recht dat toepasselijk is op de drinkwatersector in kaart te brengen en te analyseren welke beperkingen dit oplevert voor de nationale wetgever.

Verder is een belangrijk gegeven voor de vraagstelling welke publieke belangen voor de sector zijn vastgesteld. Alleen als en voor zover duidelijk is welke publieke belangen de wet-

¹ Kamerstukken II 2004/05, 26 643, nr. 75.

² Zie <www.nctb.nl>.

gever voor ogen had bij het maken van de keuzes, kan worden beoordeeld in hoeverre deze publieke belangen zijn geborgd.

Vervolgens wordt geanalyseerd welke concurrentievormen reëel zijn gelet op de kenmerken van de sector en de grenzen die het EU-recht stelt. Hierbij komt aan de orde voor welke concurrentiemodaliteit in de sector is gekozen en door wie (nationale of Europese wetgever). De concurrentiemodaliteit is van belang voor de beoordeling van de instrumenten. Bij verschillende concurrentiemodaliteiten past immers een inzet van verschillende instrumenten en een inzet van instrumenten op een verschillende wijze.

Daarnaast is het van belang welke partijen een rol spelen bij het inzetten van de instrumenten. Uit de beschrijving van de partijen kan immers worden afgeleid in hoeverre de markt (samenleving) en de overheid in de sector verantwoordelijk worden gehouden voor het functioneren van de sector en daarmee voor het borgen van publieke belangen. Vervolgens wordt bezien welke instrumenten kunnen worden ingezet en door wie. Hierbij wordt beoordeeld of de instrumenten geschikt zijn voor de gekozen concurrentiemodaliteit, of er voldoende (en ook niet te veel) instrumenten zijn om in te grijpen om de vastgestelde publieke belangen te borgen en in hoeverre deze instrumenten de overheid in staat stellen om in te grijpen.

Concluderend wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de overheid, gelet op grenzen die het EU-recht stelt, de concurrentiemodaliteit, de verantwoordelijkheidsverdeling en de beschikbare instrumenten, in staat is om in te grijpen om de publieke belangen te borgen.

Om de – soms wat abstracte – materie te illustreren wordt een praktisch probleem in de sectoren als terugkerend voorbeeld door alle sectorhoofdstukken heen geweven. Gekozen is voor de mogelijkheid om het publieke belang van het hanteren van aanvaardbare tarieven centraal te stellen. In elke nutssector zal een redelijk tarief van de nutsdiensten een belangrijk publiek belang blijken te zijn. Hierbij is het geen gegeven dat lage tarieven een publiek belang zijn, maar dat sprake is van een goede prijs-kwaliteitverhouding. Hierbij moeten ook de belangen voor de langere termijn worden meegenomen, zoals bijvoorbeeld voldoende investeringen in het netwerk. Door voor dit voorbeeld te kiezen in de sectorhoofdstukken, wordt duidelijk hoe in de verschillende sectoren tarieven worden gereguleerd. Bovendien kan dit met elkaar worden vergeleken om te bezien in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de instrumenten waarmee tarieven worden gereguleerd en in hoeverre de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hierop invloed kunnen uitoefenen.

Het terugkerend voorbeeld is daarom het geval dat een drinkwaterbedrijf te hoge tarieven hanteert. Het publiek belang van redelijke tarieven in de drinkwatersector wordt daarmee niet geborgd. De vraag is derhalve: op welke manier(en) kan worden ingegrepen om het publieke belang toch te borgen?

5.1.3 Opzet

Om deze vragen te beantwoorden wordt, na een korte schets van de geschiedenis (5.2), ingegaan op de grenzen die het EU-recht stelt aan de regulering van de drinkwatersector door de nationale wetgever (5.3). Daarna worden de concrete publieke belangen die door de wetgever op Europees en nationaal niveau zijn geformuleerd ten aanzien van de drinkwatersector beschreven en bezien welke belangen hierbij prevaleren (5.4). Vervolgens wordt ingegaan op concurrentie in de drinkwatersector (5.5) waarna de actoren (5.6) en de instrumenten (5.7) worden besproken. Tenslotte wordt de vraag beantwoord in hoeverre de gestelde publieke belangen in de drinkwatersector gegeven de regulering kunnen worden bereikt (5.9).

5.2 Geschiedenis Nederlandse drinkwatersector

5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de geschiedenis van de Nederlandse drinkwatersector geschetst om inzicht te verschaffen in de achtergrond van de sector. Tevens wordt bezien in hoeverre er een pendelbeweging tussen markt en overheid is te ontwaren in de geschiedenis van de drinkwatersector.

Hieronder wordt eerst ingegaan op het ontstaan van de sector (5.2.2). Vervolgens wordt ingegaan op de privatisering en liberalisering (5.2.3), waarna wordt afgesloten met een slot-som (5.2.4). Daarin wordt antwoord gegeven op de vraag wie door de jaren heen verantwoordelijk was voor de drinkwatervoorziening.

5.2.2 Ontstaan

Rond 1850 werd in Nederland de eerste drinkwaterleiding³ vanuit de duinen aangelegd. Pas in de twintigste eeuw waren alle huishoudens aangesloten op het waterleidingnet.⁴ De initiatieven tot het aanleggen van waterleidingen werden vaak in eerste instantie genomen door particulieren.

Toen de Amstel en het IJ de Amsterdammers het water konden leveren dat zij voor hun drinkwatervoorziening nodig hadden, zijn uiteenlopende plannen bedacht om in de drinkwaterbehoefte van de Amsterdammers te voorzien. Van de zeventiende tot in de negentiende eeuw passeerden onder meer de volgende plannen de revue: het zuiveren van zeewater, het aanleggen van een Vechtwaterleiding (door middel van buizen zou het water vervoerd worden langs de Rijnspoorweg Utrecht-Amsterdam), het halen van het water uit het duingebied ten westen van Haarlem en het oppompen van water in Amsterdam zelf.⁵ In 1851 werd de Duinwater-Maatschappij opgericht door mr. Jacob van Lennep.⁶ Uiteindelijk kon vanaf 12 december 1853 water, afkomstig uit de duinen bij Kennemerland, voor één cent per emmer aan de Amsterdammers worden verkocht.⁷ Later legde de Duinwater-Maatschappij de eerste leiding vanuit de Kennemerduinen aan.

Vanwege de gebrekkige watervoorziening, de te hoge tarieven en de inzichten op medisch gebied ten aanzien van het belang van schoon drinkwater, nam de gemeente het bedrijf over en maakte het tot een gemeentebedrijf.⁸

In 1957 kwam de Waterleidingwet tot stand.⁹ Die heeft ruim vijftig jaar het toezicht op de drinkwaterbedrijven en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening geregeld. In de memorie van toelichting bij deze wet werd vermeld: 'De toestand die thans bestaat met

³ De allereerste drinkwaterleidingen waren uiteraard de Romeinse aquaducten. Hiervan is er in Nederland een bij Nijmegen aangelegd om het Romeinse legerkamp van water te voorzien (<<http://www.lennetech.com/waterdesinfectie/geschiedenis-waterbehandeling.htm>>; laatstelijk geraadpleegd juni 2010).

⁵ Groen 1978, p. 29-55.

⁶ Groen 1978, p. 59.

⁷ Groen 1978, p. 55.

⁸ Groen 1978, p. 117.

⁹ Wet van 6 april 1957 houdende regelen met betrekking tot het toezicht op de waterleidingbedrijven en tot de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening, *Stb.* 1957, 150, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2006, 593.

betrekking tot de bescherming in hygiënisch opzicht van drinkwater kan moeilijk als bevredigend worden beoordeeld.¹⁰

In de geschiedenis van de Nederlandse drinkwatersector heeft in de loop van de tijd door fusies en overnames een aanzienlijke schaalvergroting plaatsgevonden. In 1952 waren er nog 198 waterleidingbedrijven, in 1990 waren het er vijfenvijftig, in 1995 zesendertig en in 2009 zijn daarvan nog tien over. Het begon met bedrijven van de verschillende gemeenten en voorlopig eindigt het met voornamelijk naamloze vennootschappen waarin gemeenten en provincies alle aandelen houden. Tot op heden zijn de drinkwaterbedrijven in handen van deze overheden.

5.2.3 Liberalisering en privatisering?

In de jaren negentig werd door het eerste paarse kabinet (Kok I, 1994-1998) beoogd om de drinkwaterbedrijven verder op afstand van de overheid te plaatsen. Privatisering was niet direct de bedoeling, maar de toenmalige minister van VROM stelde een toenemende aandacht voor privatisering te verwachten. Zij merkte hierover op: 'Ten gevolge van een meer marktgerichte en commerciële opstelling van waterleidingbedrijven, onder invloed van de liberalisering van soortgelijke nutssectoren, zal het belang van het overheidstoezicht op termijn nog toenemen.'¹¹ De houding van de regering was echter duidelijk: de drinkwaterbedrijven moesten in overheidshanden blijven.¹²

In een volgende notitie kwamen marktwerkingsvoorstellen ten aanzien van de drinkwatersector naar voren. De regering bleek voornemens om de eigendom en het beheer van de infrastructuur in overheidshanden te houden en gaf aan te willen onderzoeken of de exploitatie door derden door middel van concessieverlening zou kunnen plaatsvinden. Hiertoe zou besloten kunnen worden als zou blijken dat de doelmatigheid en de dienstverlening erdoor zou worden vergroot.¹³ Daarna werd echter een motie van Feenstra c.s. aangenomen waarin de Tweede Kamer van de regering vroeg de marktwerkingsvoorstellen buiten de voorgenoemen wetgeving te laten.¹⁴ De minister zegde vervolgens toe dat de drinkwaterbedrijven in publieke handen zouden blijven. Om doelmatigheid te bevorderen zou een verplichte prestatievergelijking worden ingevoerd.¹⁵

Er werd daarna nog wel een discussie gevoerd over de vraag of privatisering de juiste weg was voor de drinkwatersector. Tegen marktwerking en privatisering in de drinkwatersector werd ingebracht dat de Nederlandse drinkwaterbedrijven een hoge kwaliteit leverden en dat mogelijke gevaren zouden ontstaan voor de leveringszekerheid.¹⁶ Verder zou de gebonden afnemer het gevaar lopen op te draaien voor de financiële consequenties van het introduceren van marktwerking.¹⁷ Als voordelen van uitbesteding van de taken aan de markt werden efficiëntiewinst en het voorkomen van verstarring genoemd.¹⁸

¹⁰ Kamerstukken II 1955/56, 4 201, nr. 3, p. 9.

¹¹ Kamerstukken II 1995/96, 26 138, nr. 4, p. 2.

¹² Kamerstukken II 1995/96, 26 138, nr. 3 (*Beleidsplan Drink- en Industriewatervoorziening*).

¹³ Kamerstukken II 1997/98, 25 869, nr. 1, p. 10.

¹⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 869, nr. 2. *Handelingen II 1997/98*, nr. 49, p. 5650.

¹⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25 869, nr. 4, p. 7.

¹⁶ G. Leers & J.J. Feenstra, 'Drinkwater hoort niet in een vrije markt', *Financieel Dagblad* 1 februari 2001.

¹⁷ Het Lam 1999, p. 369.

¹⁸ W. Gunster, 'Drinkwater is geen taak, wel verantwoordelijkheid overheid', *Financieel Dagblad* 12 februari 2001.

In mei 2001 werd opnieuw een motie van Feenstra c.s. aanvaard met als strekking dat wettelijk zou worden vastgelegd dat drinkwaterbedrijven overheidseigendom zouden blijven. De motivering van deze motie was dat de Tweede Kamer en de regering het erover eens waren dat de drinkwaterbedrijven in publieke handen moesten blijven. Op het moment dat dit speelde, probeerden overheidsbedrijven die in meerdere nutssectoren actief waren aandelen in drinkwaterbedrijven te verwerven terwijl de overheidsbedrijven op termijn geprivatiseerd zouden worden.¹⁹ Concreet betekende de motie dat de aandeelhoudende overheden hun aandelen uitsluitend aan publiekrechtelijke rechtspersonen mochten verkopen. Uit dit privatiseringsverbod volgt ook dat een privaat bedrijf geen drinkwaterdiensten aan consumenten mag leveren. Inmiddels is dit verbod neergelegd in een wijziging van de Waterleidingwet.²⁰ Met dit verbod had Nederland een Europese primeur.

De Waterleidingwet was al enige tijd aan grondige herziening toe. Ten eerste gingen drinkwaterbedrijven commerciële activiteiten ontplooiën en ten tweede was in de Waterleidingwet de relatie van drinkwaterbedrijven met het milieu onvoldoende geregeld.²¹ De Waterleidingwet moest daarom worden gemoderniseerd. Na behandeling in de Tweede Kamer is op 7 juli 2009 het wetsvoorstel voor een nieuwe wet, de Drinkwaterwet, door de Eerste Kamer aangenomen.²² De wet is nog niet in werking getreden. In dit hoofdstuk wordt uitgegaan van de artikelen van de Drinkwaterwet.

Op Europees niveau bestaat de consensus dat enorme investeringen nodig zullen zijn voor aanleg en onderhoud van de drinkwaterinfrastructuur en dat deze investeringen onmogelijk te doen zijn zonder privaat kapitaal en de kennis van private partijen.²³ Toch wordt ook op dit niveau de discussie over de liberalisering en privatisering van de drinkwatersector niet langer gevoerd. Het Europees parlement heeft zich in 2004 expliciet uitgesproken tegen de liberalisering van de drinkwatervoorziening, met name vanwege de onderscheidende lokale en regionale kenmerken van de drinkwatervoorziening.²⁴

In de meeste lidstaten bestaat verzet tegen liberalisering en privatisering van de openbare drinkwatervoorziening. Behalve in Engeland en Frankrijk worden de verschillende Europese drinkwatersectoren gedomineerd door lokale publieke ondernemingen.²⁵ In Engeland is de watermarkt volledig geprivatiseerd. Er is een beperkt aantal regionale monopolies en er is concurrentie om de markt. In Frankrijk verlenen de lokale overheden leasecontracten aan private leveranciers. Noord-Ierland is het enige gebied waar drinkwater volledig uit de openbare middelen wordt gefinancierd. Huishoudens hebben daar geen watermeter.²⁶

5.2.4 Slotsom

In de geschiedenis van deze sector treft men, net als in die van andere nutssectoren, een pendelbeweging aan. De drinkwatervoorziening is door particulier initiatief ontstaan. Vervolgens heeft, vanwege toenemend belang van de drinkwatervoorziening en ontevredenheid over de

¹⁹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 700, nr. 8 (Motie Feenstra c.s.).

²⁰ Art. 3i-k Waterleidingwet (wijziging van de Waterleidingwet; eigendom waterleidingbedrijven), *Stb.* 2004, 517.

²¹ Het Lam 1999, p. 362.

²² *Handelingen I* 2008/09, 40-1893.

²³ Becker 2007, p. 2.

²⁴ Resolutie van het Europees Parlement van 13 januari 2004 over het Groenboek over diensten van algemeen belang [A5-0484/2003], nr. 48.

²⁵ Wrc & Ecologic 2002, p. 99-134.

²⁶ Wrc & Ecologic 2002, p. 19 (Annex I).

uitvoering hiervan, de overheid deze taak aan zich getrokken. Er is geen echte liberalisering maar veeleer een commercialisering doorgevoerd. Een verschil met de andere sectoren is echter dat de drinkwatersector niet daarna weer is onderworpen aan liberalisering en privatisering zoals in bijvoorbeeld de energie- en de kabelsector is gebeurd. De spreekwoordelijke pendel tussen overheid en markt, komt niet helemaal terug bij de markt. Niettemin zijn ook in deze sector, zoals hierna zal worden uitgewerkt, bepaalde prikkels ingebouwd. De belangrijkste prikkel is de reeds genoemde prestatievergelijking tussen drinkwaterbedrijven.

5.3 EU-recht

5.3.1 Inleiding

Op Europees niveau is tot dusver geen richtlijn tot stand gebracht die de drinkwatersector reguleert, noch bestaan er concrete plannen hiertoe. De Nederlandse drinkwatersector is niet geliberaliseerd en/of geprivatiseerd.

Er is wel andere secundaire EG-regelgeving tot stand gekomen die van grote invloed is geweest op de drinkwatersectoren in de lidstaten. Deze invloed had betrekking op waarborgen voor het milieu en een hoge kwaliteit van het drinkwater, waarop hierna dieper zal worden ingegaan (5.4.1). Voor de andere in dit deel onderzochte nutssectoren is doorgaans een specifiek reguleringsregime voorhanden waar de nationale wetgever zich aan heeft te houden bij het maken van zijn keuzes in de betrokken sector.

In deze paragraaf wordt, bij gebreke aan een sectorspecifiek regime, het algemene EU-recht geschetst dat van toepassing is op de Nederlandse drinkwatersector. De vragen die in deze paragraaf centraal staan, zijn welke grenzen het EU-recht stelt aan de keuzes van de nationale wetgever en hoeveel keuzevrijheid er derhalve voor de nationale wetgever overblijft. Hierbij wordt ingegaan op het mededingingsrecht (5.3.2) en het vrij verkeer van kapitaal (5.3.3). In de slotsom wordt vervolgens antwoord gegeven op de hiervoor opgeworpen vragen (5.3.4).

5.3.2 Mededingingsrecht

5.3.2.1 Inleiding

In opdracht van het directoraat-generaal Mededinging is onderzoek verricht naar de mogelijke toepassing van het mededingingsrecht in de drinkwatersector.²⁷ Dit maakt duidelijk dat de Commissie de liberalisering van de drinkwatersector in overweging wilde nemen. In dezelfde periode heeft het Europees parlement zich echter tegen liberalisering van de drinkwatersector verzet (5.2.3) en was het momentum om te liberaliseren op Europees niveau weer voorbij.

Bepaalde leerstukken van het EU-recht, zoals het mededingingsrecht en de regels inzake vrij verkeer zijn niet van toepassing als het een zogenaamde interne situatie betreft. Er moet sprake zijn van interstatelijkheid, oftewel van grensoverschrijdend effect wil dit EU-recht van toepassing zijn. De voorvraag of de drinkwatersector een grensoverschrijdend karakter heeft, moet worden beantwoord omdat er geen secundaire regelgeving inzake regulering van de drinkwatersector tot stand is gebracht op EG-niveau. In de literatuur wordt geconcludeerd dat er een zeer beperkte ruimte bestaat voor de interne situatie.²⁸ Het Hof van Justitie heeft echter (nog) geen algemene lijn in haar rechtspraak ontwikkeld terzake van dit leerstuk en de meningen over hoeveel betekenis aan de interne situatie zou moeten worden toegekend, lopen uiteen.²⁹

De levering van drinkwater (leidingwater) overschrijdt doorgaans geen landsgrenzen. De sectoren zijn allen nationaal georganiseerd. Dit is echter onvoldoende om te voldoen aan een interne situatie. Voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht gaat het erom of de tussenstaatse handel wordt beïnvloed. Door de rechter wordt snel aangenomen dat hiervan

²⁷ Wrc & Ecologic 2002.

²⁸ Mortelmans 2006, p. 13-29.

²⁹ Mortelmans 2006, p. 13.

sprake is.³⁰ De conclusie is gerechtvaardigd dat bij de regulering van de Nederlandse drinkwatersector geen sprake is van een interne situatie die toepasselijkheid van het mededingingsrecht zou uitsluiten.

Voor de vraag of en in hoeverre het Europese mededingingsrecht van toepassing is op de producenten en leveranciers in de drinkwatersector, is relevant wat voor soort diensten of goederen drinkwaterbedrijven leveren. Op diensten van algemeen niet-economisch belang (DANEB), is het mededingingsrecht niet van toepassing. Het betreft dan immers geen economische activiteiten en daarmee zijn de dienstverleners geen ondernemingen in de zin van het VWEU.³¹ Als drinkwaterbedrijven diensten van algemeen economisch belang (DAEB) leveren, is het mededingingsrecht in beginsel van toepassing, maar daarop is onder voorwaarden een uitzondering mogelijk. Als het om een gewone dienst (zonder algemeen belang) zou gaan - quod non - dan zou het mededingingsrecht onverkort van toepassing zijn. Op deze vraag naar de juridische kwalificatie van drinkwater is nog geen ondubbelzinnig antwoord gegeven. De verschillende instellingen van de EG en de Nederlandse regering benaderen het product drinkwater op verschillende wijze, zoals hierna zal blijken.

Hierna zal worden betoogd dat drinkwater zou moeten worden gekwalificeerd als een DAEB. Hierna zal blijken dat deze kwalificatie voor de Nederlandse organisatie van de drinkwatersector niet uitmaakt voor het toepasselijke recht, omdat voor drinkwater een uitzondering op het mededingingsrecht kan worden gemaakt.

5.3.2.2 *Drinkwater: een dienst van algemeen niet-economisch belang?*

Het al dan niet economische karakter van drinkwater kan mede worden bepaald aan de hand van Europese regelgeving hierover. In de Europese Kaderrichtlijn drinkwater wordt tot uitdrukking gebracht dat water geen gewone handelswaar is 'maar een erfgoed dat als zodanig beschermd, verdedigd en behandeld moet worden.'³² Dit kan worden uitgelegd als een aanwijzing dat drinkwater als een DANEB wordt gezien.³³

De Nederlandse wetgever gaat ervan uit dat de levering van drinkwater een DANEB is en dat drinkwaterbedrijven slechts voorzover zij andere activiteiten ontplooiën dan die inzake de openbare drinkwatervoorziening, moeten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht.³⁴ Zij is van mening dat deze beoordeling een discretionaire bevoegdheid betreft die aan de lidstaten toekomt. De regering maakt deze keuze expliciet in een brief gericht aan de Tweede Kamer.³⁵ De redenering die hierbij wordt gevolgd, luidt dat in Nederland de drinkwatervoorziening niet uitgevoerd wordt door de markt (hetgeen verband houdt met dwingende redenen van groot openbaar belang) en dat er dus geen sprake is van een economische activiteit, zoals dit begrip wordt uitgelegd door het Hof van Justitie. Er is namelijk geen sprake van het aanbieden van goederen of diensten op een markt, aldus de regering. En dit laatste is een van de kenmerken die het Hof toe zou schrijven aan economische activiteiten.³⁶

³⁰ Zie HR 12 oktober 2001, NJ 2002,538, m.nt. PCEvW. Dit arrest komt hierna aan de orde in 5.3.2.3.

³¹ Zie over deze materie uitgebreid hoofdstuk 2: EU-rechtelijke grenzen aan regulering nutssectoren.

³² No. 1 preambule Richtlijn 2000/60/EG tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid, PbEG 2000, L 327/1 (*Kaderrichtlijn water*).

³³ Zie over dit begrip paragraaf 2.2.

³⁴ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 4, p. 3.

³⁵ *Kamerstukken II 2005/06*, 21 501-30, nr. 137.

³⁶ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 3, p. 26.

Het is mijns inziens de vraag of de door de Nederlandse regering ingenomen positie werkelijk strookt met het VWEU. Op haar redenering valt het een en ander af te dingen. Het is weliswaar correct dat het aan de lidstaat is voorbehouden om te bepalen of een dienst van algemeen belang is (5.2.4). Mijns inziens zit daar de discretionaire bevoegdheid van de lidstaat. Het is volgens mij echter niet ter discretie van de lidstaat om te bepalen of de betrokken dienst al dan niet *economisch* is in de zin van het VWEU. Dit oordeel is voorbehouden aan het Hof van Justitie en dient in lijn met haar rechtspraak te worden uitgelegd.

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie zou men kunnen stellen dat mede vanwege de verschillende organisatievormen drinkwaterlevering in verschillende landen als een verschillend type dienst kan worden gezien. Zo is in het Ierse systeem een solidariteitsprincipe te ontwaren: aangezien de kosten voor de drinkwatervoorziening uit algemene middelen worden betaald, betalen burgers naar rato van hun belastingbijdrage. Het Hof heeft in geval van een sociale zekerheidssysteem eerder geconcludeerd dat het buiten de toepassing van het VWEU viel aangezien het (onder meer) was gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. Verder bleek van belang dat de activiteit een puur sociale functie vervult en niet op winst is gericht.³⁷ Dit betekent overigens nog niet dat als een bedrijf geen winst maakt en in zekere mate werkt op grond van het solidariteitsbeginsel, het niet wordt gekwalificeerd als een onderneming.³⁸ Deze jurisprudentie ziet echter vooralsnog uitsluitend op sociale zekerheidsregelingen, pensioenfondsen en regelingen ten aanzien van gezondheidszorg. De uitgezette lijnen zijn echter nog verre van definitief.³⁹

De Nederlandse drinkwatervoorziening is niet georganiseerd op grond van het solidariteitsbeginsel. Consumenten betalen naar verbruik. Het ligt niet voor de hand aan te nemen dat de levering van drinkwater een puur sociale functie heeft. De drinkwaterbedrijven zijn niet op winst gericht, zeker niet nu wettelijk is vastgelegd dat zij kostengeoriënteerde tarieven moeten berekenen. Zoals hiervoor bleek is het niet maken van winst echter onvoldoende om aan te nemen dat er geen sprake is van een onderneming volgens het Hof van Justitie. Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat de Nederlandse organisatie van de drinkwaterlevering niet voldoet aan de in de jurisprudentie gestelde eisen voor DANEB. Mijns inziens is op grond van de jurisprudentie van het Hof de conclusie gerechtvaardigd dat de drinkwaterbedrijven ondernemingen zijn in de zin van het VWEU die een taak verrichten in het algemeen belang en daarom moeten worden gekwalificeerd als een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) en niet als een DANEB. In paragraaf 5.3.2.3 zal blijken dat deze conclusie wordt ondersteund door publicaties en besluiten van verschillende instanties.

5.3.2.3 *Drinkwater: een dienst van algemeen economisch belang?*

De drinkwatervoorziening is (uiteindelijk) uitgesloten van de toepassing van de regels inzake het vrij verkeer van diensten in de Dienstenrichtlijn. Hierbij wordt er in de formulering echter wel expliciet vanuit gegaan dat drinkwater een dienst van algemeen *economisch* belang (DAEB) inhoudt.⁴⁰ Ook in het Groenboek inzake diensten van algemeen belang wordt er door de Commissie expliciet van uitgegaan dat de levering van drinkwater tot de DAEB moet wor-

³⁷ HvJ EU 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637, par. 18-19 (*Poucet et Pistre*). In gelijke zin: HvJ EU 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *Jur.* 2004, p. 2493, par. 51 (*AOK Bundesverband*).

³⁸ HvJ EU 21 september 1999, nr. C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751, par. 80-85 (*Albany*).

³⁹ Louri 2005, p. 97.

⁴⁰ Art. 17 lid 1 aanhef en sub d Dienstenrichtlijn.

den gerekend.⁴¹ In navolging hiervan was een eerder kabinet overigens ook van mening dat de levering van drinkwater een DAEB was.⁴²

De NMa heeft in een concentratiebesluit in navolging van het Hof van Justitie expliciet geoordeeld dat drinkwaterbedrijven ondernemingen in de zin van het EU-recht zijn. De NMa overweegt hiertoe: 'Waterleidingen oefenen een economische activiteit uit, primair bestaande uit het produceren, distribueren en verkopen en leveren van water. Op grond van het voorgaande en op basis van de praktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan worden geconcludeerd dat waterleidingbedrijven ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, onder f, van de Mededingingswet.'⁴³

Op het moment dat de levering van drinkwater moet worden gekwalificeerd als een DAEB, zijn de leveranciers ervan mede voorzover zij drinkwater leveren (en niet louter betreffende andere activiteiten) ondernemingen in de zin van het EU-recht; het leveren van drinkwater is dan immers een economische activiteit. Dit zou betekenen dat het mededingingsrecht in beginsel van toepassing is op de economische activiteiten die worden verricht in de drinkwatersector.

Ten aanzien van DAEB kan een uitzondering op het mededingingsrecht worden gemaakt, maar slechts voorzover deze uitzondering de toets van artikel 106, tweede lid, VWEU doorstaat.⁴⁴ Het EU-recht heeft formeel geen voorkeur voor publieke of private eigendom en laat de regeling van eigendom aan de lidstaten over.⁴⁵ Niettemin is het verdragsrecht op ondernemingen van toepassing, ongeacht hun privaat- of publiekrechtelijke status. Dit betekent dat ook op de Nederlandse drinkwatersector het EU-recht van toepassing is en een belangrijke vraag is dan of de maatregelen die zijn gekozen proportioneel zijn. De reorganisatie van de openbare drinkwatervoorziening op grond van de Waterleidingwet werd aangevochten op grond van onverenigbaarheid met het VWEUsrecht. De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat geen sprake was van schending van het EU-recht.⁴⁶

In deze zaak ging het om gedwongen overgang van het drinkwaterleidingdeel van de NV Nutsbedrijven Maastricht (NM) op de Waterleiding Maatschappij Limburg (WML). De Waterleidingwet voorzag in een regeling van de 'Overgang van rechten en verplichtingen ingeval zulks niet krachtens overeenkomst geschiedt' in de artikelen 26-36. Dit heeft te maken met één van de doelen van de Waterleidingwet: schaalvergroting in verband met algemeen belangoverwegingen (in artikel 5 van de Drinkwaterwet is deze regeling gehandhaafd).

De Hoge Raad overwoog dat artikel 31 EG (37 oud), dat commerciële monopolies verbiedt, niet van toepassing is op de onderhavige situatie. De Hoge Raad: 'Immers, ook indien ervan wordt uitgegaan dat na de overgang het exclusieve recht tot waterdistributie in Limburg aan WML toekomt en dat soortgelijke exclusieve rechten bestaan met betrekking tot andere distributiegebieden, volgt daaruit niet dat de (nationale of provinciale) overheid in staat is het handelsverkeer tussen de lidstaten te beheersen, te leiden of aanmerkelijk te beïnvloeden door middel van haar zeggenschap in WML. Hoofdstuk III van de Waterleidingwet houdt ten aanzien van een dergelijke beïnvloeding geen bepalingen in.'⁴⁷

⁴¹ Groenboek inzake diensten van algemeen belang (COM/2003/0270 def., *PbEU* 2004, C 76, punt 32).

⁴² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 339, nr. 3, p. 7 (MvT bij wijziging Waterleidingwet, eigendom waterleidingbedrijven).

⁴³ Zie D-G Nma 8 februari 1999, nr. 1212 (Nuon – Waterleiding Friesland), nr. 8, onder verwijzing naar beschikking van de Commissie 82/371/EEG, *Pb. L* 167/40 (NAWEWA/ANSEAU).

⁴⁴ Deel I Hoofdstuk 2 Europeesrechtelijke grenzen aan de regulering van nutssectoren.

⁴⁵ Art. 295 VWEU.

⁴⁶ HR 12 oktober 2001, *NJ* 2002, 538 (m.nt. PCEvW).

⁴⁷ HR 12 oktober 2001, *NJ* 2002, 538, r.o. 5.4 (m.nt. PCEvW).

De Hoge Raad is voorts van oordeel dat het mededingingsrecht niet is geschonden. Hiertoe overweegt hij: 'In hetgeen de Rechtbank dienaangaande in rechtsoverweging 4.6 heeft overwogen, ligt besloten dat een op de voet van hoofdstuk III van de Waterleidingwet in het leven te roepen reeks van regionale distributiemonopolies met betrekking tot de openbare drinkwatervoorziening niet een situatie zal scheppen waarin ondernemingen waaraan op de voet van de daarin opgenomen bepalingen uitsluitende rechten worden verleend, noodzakelijkerwijs misbruik van hun machtsposities zullen maken.'⁴⁸

De Hoge Raad noch de rechtbank gaat uitdrukkelijk in op de vraag of drinkwaterbedrijven ondernemingen zijn in de zin van het EU-recht, maar acht klaarblijkelijk dat zij dit zijn, daar het mededingingsrecht wordt toegepast. Uit deze uitspraak kan derhalve worden opgemaakt dat de Hoge Raad het VWEUsrecht en daarmee ook het mededingingsrecht van toepassing acht op de Nederlandse drinkwaterbedrijven, waarmee hij mijns inziens (hoewel impliciet) uitgaat van de kwalificatie van de levering van drinkwater in Nederland als economische activiteit. Drinkwaterbedrijven zijn volgens de Hoge Raad derhalve ondernemingen in de zin van het VWEU en de diensten die zij leveren, zijn DAEB.⁴⁹ Daarnaast kan worden geconcludeerd dat de Nederlandse rechter een interpretatie van het verdragsrecht hanteert die veel ruimte laat voor wettelijke monopolies.

Steyger is van oordeel dat de vraag of een dienst van algemeen economisch of niet-economisch belang is, in hoge mate afhankelijk is van de politieke keuze of een dienst op de markt komt. Immers, zo stelt zij, er bestaat voor elke activiteit een potentiële markt 'en de enige reden waarom sommige uitvoerende entiteiten niet als ondernemingen worden gekarakteriseerd, heeft te maken met het wettelijk kader waarin de activiteiten zijn gebed, de wijze waarop de diensten worden gecompenseerd en de mate van zeggenschap die de desbetreffende entiteiten over het eigen beleid hebben.'⁵⁰ Slot c.s. stellen voor het onderscheid tussen DANEB en DAEB langs het criterium van de economische activiteit te laten lopen. Zoals eerder betoogd, sluit ik me bij deze visie aan.⁵¹ In ieder geval zou de jurisprudentie van het Hof van Justitie zo geduid kunnen worden dat als sprake is van een economische activiteit er een weerlegbaar vermoeden is dat de uitvoerder van deze activiteit een onderneming in de zin van het EU-recht is. Bij de weerlegging van dit vermoeden kan de organisatie (wettelijk kader, eigen invloed op beleid, solidariteitsbeginsel en de wijze van compensatie) van de betrokken dienst een rol spelen.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat verschillende benaderingen worden gehanteerd van de kwalificatie van de levering van drinkwater. Enerzijds wordt beweerd door de Nederlandse regering dat het gaat om een DANEB en anderzijds komt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, de Hoge Raad en de beschikkingspraktijk van de NMa naar voren dat het gaat om een DAEB. Het is, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, niet ter discretie van een lidstaat om te concluderen of een dienst een al dan niet economisch karakter bezit. Wel is het zo dat een lidstaat door de betrokken dienst op een bepaalde wijze te organiseren, invloed kan uitoefenen op de kwalificatie als DAEB of DANEB, zoals ook Steyger aangeeft.

Hoewel een organisatie gestoeld op het solidariteitsbeginsel het Hof van Justitie tot de conclusie zou kunnen brengen dat in de gegeven omstandigheden drinkwater geen economisch karakter heeft, is dit gelet op de omstandigheden in de Nederlandse drinkwatersector discutabel. Hoewel de ondernemingen in handen van de overheid zijn, is er geen sprake van

⁴⁸ HR 12 oktober 2001, *NJ* 2002, 538, r.o. 5.7 (m.nt. PCEvW).

⁴⁹ HR 12 oktober 2001, *NJ* 2002, 538. Dit laatste wordt expliciet gesteld door de A-G in overweging 4.

⁵⁰ Steyger 2007, p. 398.

⁵¹ Zie paragraaf 2.2.3.

een organisatie gebaseerd op het solidariteitsprincipe. Wel zijn drinkwaterbedrijven (zoals reeds opgemerkt) op grond van de nieuwe wet gehouden kostengeoriënteerde tarieven te hanteren.

De hier aangevoerde redenen versterken de eerder gepresenteerde conclusie (5.3.2.2) dat de levering van drinkwater moet worden gekwalificeerd als DAEB. Dit betekent dat moet worden onderzocht in hoeverre een uitzondering op het mededingingsrecht op grond van artikel 106, tweede lid, gerechtvaardigd is. Het kwalificeren van de levering van drinkwater als DANEB door de Nederlandse regering levert een schijnzekerheid op. Hiermee worden de publieke belangen die de regering wil waarborgen op den duur niet gediend.

5.3.2.4 Toepassing mededingingsrecht

Het gegeven dat de levering van drinkwater als DAEB moet worden gekwalificeerd, leidt tot de conclusie dat drinkwaterbedrijven moeten worden gekwalificeerd als (publieke) ondernemingen die zijn belast met een DAEB. Het opleggen van exclusieve rechten aan de ondernemingen vindt expliciet plaats in de Drinkwaterwet. Vervolgens moet de proportionaliteitstoets van artikel 106, tweede lid worden toegepast. Hierbij moet de vraag worden beantwoord of de uitzondering van drinkwaterbedrijven van het mededingingsrecht noodzakelijk is om de opgedragen DAEB, het leveren van drinkwater, te vervullen en of de gemeenschapsbelangen daarmee niet worden geschaad.

In de drinkwatersector is sprake van een natuurlijk monopolie. Het aanleggen van een extra leidingennetwerk is economisch niet rendabel en daarom is een uitzondering op het mededingingsrecht gerechtvaardigd. De vraag is of hierbij een *less restrictive means test* zou moeten worden gehanteerd of een *objective necessity test*.⁵² Bij een *less restrictive means test* zou aan de orde kunnen komen of de levering van drinkwater niet zou kunnen worden losgekoppeld van de eigendom van het leidingennetwerk.

Zoals eerder is gebleken,⁵³ ligt het in de rede om ervan uit te gaan dat het Hof van Justitie hier een niet zeer indringende toets zal hanteren, gelet op zijn recente jurisprudentie. Zo wordt niet geëist dat een lidstaat bewijst dat er geen minder ingrijpende oplossing bestaat, maar wordt volstaan met het bepalen of een uitzondering op het mededingingsrecht objectief noodzakelijk is. Op grond hiervan wordt geconcludeerd dat het Hof de organisatie van de drinkwatersector niet onverenigbaar zal achten met het VWEU.

5.3.2.5 Slotsom

Hiervoor is gebleken dat de levering van drinkwater, anders dan de Nederlands regering stelt, moet worden gekwalificeerd als een DAEB. Vervolgens is gezien in hoeverre een uitzondering op het mededingingsrecht op grond van artikel 106, tweede lid gerechtvaardigd is. Het Hof zal de uitzondering gerechtvaardigd achten op grond van een objectieve noodzakelijkheidstoets toegepast op de Nederlandse organisatie van de drinkwatervoorziening. Hierbij speelt een belangrijke rol dat sprake is van een natuurlijk monopolie hetgeen een uitzondering op het mededingingsrecht rechtvaardigt. Uiteindelijk betekent dit dat het voor de overeenstemming van de huidige regulering van de drinkwatersector met het EG-mededingingsrecht niet uitmaakt of drinkwater wordt gekwalificeerd als DANEB of als DAEB. Gelet op de conclusie dat drinkwater een DAEB is, moet met dit gegeven bij wijzigingen in de regule-

⁵² Zie over deze begrippen paragraaf 2.7.3.

⁵³ Zie paragraaf 2.7.3.

ring in de toekomst wel rekening worden gehouden. Dan zal moeten worden beoordeeld of de nieuwe regulering de *objective necessity test* van het Hof van Justitie doorstaat.

5.3.3 Vrij verkeer van kapitaal

In artikel 15 van de Drinkwaterwet wordt bepaald dat het verboden is om een rechtshandeling te verrichten die tot gevolg heeft dat zogenaamde niet-gekwalficeerde rechtspersonen (kort gezegd niet-publieke rechtspersonen) geheel of gedeeltelijk zeggenschap krijgen over een drinkwaterbedrijf. In de praktijk gaat het hierbij vaak om de overdracht van aandelen.⁵⁴

Bij toepassing van de jurisprudentie inzake gouden aandelen, waaruit volgt dat een beperking van het kapitaalverkeer zeer snel wordt aangenomen, moet worden geconstateerd dat het verbod om zeggenschap over te dragen een beperking van het kapitaalverkeer inhoudt.⁵⁵ Eerder bleek dat in de jurisprudentie een gebod waarin eerst overheidstoestemming moest worden verkregen voordat bepaalde rechtshandelingen mochten worden verricht, werd gezien als een belemmering.⁵⁶ Onderhavig verbod gaat nog verder en verbiedt bepaalde rechtshandelingen volledig.

De jurisprudentie van het Hof zag echter steeds op de overheidsinvloed als gevolg van het houden van bijzondere aandelen in inmiddels geprivatiseerde ondernemingen. In geval van de drinkwaterbedrijven is het verbod niet via het aandeelhouderschap geregeld, maar via een wettelijke bepaling die in beginsel het handelen van lagere overheden normeert. Deze wettelijke bepaling is van de nationale overheid afkomstig, terwijl de aandeelhouders regionale overheden zijn. Omdat één van de uitgangspunten van het EU-recht is dat dit het eigendomsrecht van de lidstaten onverlet laat (art. 295 VWEU), zou men kunnen betogen dat het in de drinkwatersector om een andere situatie gaat dan in de jurisprudentie inzake het vrij verkeer van kapitaal. Een discussiepunt hierbij zou immers kunnen zijn in hoeverre overheidsaandelen moeten worden gezien als deel uitmakend van het kapitaalverkeer in de EU, nu de drinkwaterbedrijven volledig in publieke handen zijn.

In de zaken betreffende de gouden aandelen strekten de bevoegdheden die de overheid zich toe-eigende verder dan hetgeen waartoe de overheid uit hoofde van de eigendom van de aandelen gerechtigd was. Vandaar ook de naam 'gouden aandelen'. In het geval van de drinkwaterbedrijven zou men kunnen betogen dat de overheid niet verder gaat dan waartoe haar eigendom aanleiding geeft.⁵⁷ Zij mag immers besluiten haar eigendom niet te verkopen. Hooguit resteert een interne interbestuurlijke kwestie: de centrale overheid legt nu aan de regionale overheden op hoe zij mag omgaan met haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Het is echter de staat die aan regionale overheden oplegt hoe zij met hun privaatrechtelijke bezit om hebben te gaan.

Niettemin moet worden aangenomen dat het huidige regime van de drinkwatersector een belemmering van het kapitaalverkeer vormt die alleen kan worden gerechtvaardigd op grond van dwingende redenen van algemeen belang. Dit laatste zal niet moeilijk te beargumenteren zijn in de drinkwatersector. De belemmering moet echter ook noodzakelijk en proportioneel zijn.⁵⁸ Aangezien het Hof van Justitie zeer streng is in de beoordeling van noodza-

⁵⁴ De meeste drinkwaterbedrijven zijn vennootschappen, zie paragraaf 2.6.3.1.

⁵⁵ Zie paragraaf 2.3.4.2.

⁵⁶ Zie paragraaf 2.3.4.2.

⁵⁷ Dit lijkt de redenering in de toelichting van de Drinkwaterwet te zijn: *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 3, p. 27.

⁵⁸ Zie ook het oordeel van de Raad van State: *Kamerstukken II jaartal*, 30 895, nr. 4, p. 3-4.

kelijkheid en proportionaliteit is het niet onaannemelijk dat zij een schending van het vrije verkeer van kapitaal zal aannemen indien deze vraag in een procedure voor zou komen te liggen. Naar de letter van het EU-recht is het privatiseringsverbod naar mijn oordeel in strijd met het vrije verkeer van kapitaal.

5.3.4 Slotsom

Samenvattend kan gesteld worden dat de nationale wetgever terzake van drinkwater relatief veel beslissingsvrijheid heeft ten aanzien van de organisatie van de sector. In andere nutssectoren die in dit onderzoek aan de orde komen is deze beslissingsvrijheid veel beperkter aangezien de EG ten aanzien daarvan sectorspecifieke liberaliserende richtlijnen tot stand heeft gebracht die vaak een keurslijf vormen met duidelijke begrenzingsen. Het is echter de vraag of de huidige Nederlandse regulering van de drinkwatersector strookt met het EU-recht. Deze vraag wordt door de wetgever uit de weg gegaan doordat zij de levering van drinkwater kwalificeert als DANEB.

De Nederlandse wetgever neemt hiermee een standpunt in over het reguleren van de drinkwatersector dat mijns inziens inconsistent is met het EU-recht. De levering van drinkwater, mede gelet op de wijze waarop dit in Nederland nu is georganiseerd, laat zich niet aanmerken als DANEB. Het is de lidstaten voorbehouden om een dienst te kwalificeren als van algemeen belang in de betrokken lidstaat. De reden dat een DANEB niet onder de toepassing van het verdragsrecht valt, heeft echter niet te maken met de algemeen belang-kwalificatie, maar met het al dan niet economische karakter van de dienst. De vraag naar het economisch karakter is voorbehouden aan het Hof van Justitie. Tot een andere conclusie inzake het karakter van de levering van drinkwater zou slechts gekomen kunnen worden als de levering was gebaseerd op grond van het solidariteitsbeginsel.

In het verleden zijn het Hof van Justitie, de NMa en de Hoge Raad tot een andere conclusie dan de Nederlandse wetgever gekomen terzake van de kwalificatie van de levering van drinkwater. Zij kwalificeerden de levering van drinkwater als een economische activiteit. Het behoeft op zijn minst een nadere motivering van de wetgever om hier van af te wijken.

Vermoedelijk kunnen allerlei politieke redenen gevonden worden om voor drinkwater een uitzondering te maken op het EU-recht. Op deze manier zou drinkwater volledig buiten het VWEU vallen hetgeen het moeilijker zou maken voor de EG-instellingen om secundaire regelgeving voor deze sector tot stand te brengen. Door de levering van drinkwater te bestempelen als DANEB, gebeurt dit echter op inconsistente wijze. Andere mogelijke manieren zijn een verdragswijziging of secundaire regelgeving waarin wordt bepaald dat het lidstaten tot op bepaalde hoogte vrijstaat om de drinkwatersector te reguleren voor de ordening van de markt. De vraag is of hiervoor voldoende overeenstemming bestaat gelet op de verschillende wijzen waarop de levering van drinkwater wordt gereguleerd in de onderscheidenlijke lidstaten.

Naar mijn mening moet drinkwater worden gekwalificeerd als economische activiteit. Zoals hiervoor betoogd, levert deze stelling het vermoeden op dat sprake is van een onderneming. Aangezien er geen doorslaggevende organisatorische argumenten zijn om dit vermoeden te weerleggen, is het EU-recht op drinkwaterbedrijven van toepassing. Een uitzondering op grond van artikel 106, tweede lid VWEU, heeft volgens mij een goede kans van slagen, aangezien het Hof van Justitie de afgelopen tijd een objectieve noodzakelijkheidstest heeft toegepast. Dit betekent dat het op dit moment, gelet op de huidige regulering, praktisch niet

uitmaakt of drinkwater als een DANEB of een DAEB wordt gekwalificeerd omdat de uitzondering van artikel 106, tweede lid VWEU hierop mogelijk is.

Verder is het belastingvoordeel dat drinkwaterbedrijven genieten vooralsnog niet in strijd met het Europese staatssteunverbod omdat het de drinkwaterbedrijven geen concurrentievoordeel oplevert. Er zijn argumenten te vinden voor de stelling dat het wettelijke privatiseringsverbod een beperking van het vrije kapitaalverkeer op zou leveren. Een discussiepunt hierbij zou echter kunnen zijn in hoeverre overheidsaandelen moeten worden gezien als deel uitmakend van het kapitaalverkeer in de EU, nu de drinkwaterbedrijven volledig in publieke handen zijn.

5.4 Publieke belangen in de drinkwatersector

5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de publieke belangen beschreven die door de Europese en nationale wetgever zijn vastgesteld voor de drinkwatersector. Deze publieke belangen zijn niet als zodanig door de wetgever geëxpliciteerd. Om de publieke belangen te identificeren is gekeken naar de relevante preambules bij betrokken richtlijnen en naar de relevante parlementaire geschiedenis van de Waterleidingwet en de Drinkwaterwet. Verder is gekeken naar de doelstellingen die blijken deze documenten prominent zijn bij het reguleren van de drinkwatersector.

Deze vraag is van belang voor de hoofdvraag van dit hoofdstuk omdat de publieke belangen die door de wetgever zijn vastgesteld in feite het toetsingskader vormen voor de vraag of de gekozen instrumenten tot het gewenste resultaat (kunnen) leiden. Omdat publieke belangen doorgaans tegenstrijdig zijn en daarom tegen elkaar moeten worden afgewogen wordt hierbij betrokken of en in hoeverre een rangorde is aangebracht tussen de verschillende publieke belangen.⁵⁹

In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord welke publieke belangen de wetgever kennelijk voor ogen had bij de reguleringskeuzes voor deze sector. Voor de beantwoording van de vraag van dit hoofdstuk wordt deze opsomming gebruikt om te beoordelen of de verschillende keuzes in de regulering (concurrentiemodaliteit, instrumenten en partijen) kunnen leiden tot het borgen van deze publieke belangen.

Eerst komen de publieke belangen die op Europees niveau zijn vastgesteld aan de orde (5.4.2) en daarna die zijn vastgesteld op nationaal niveau (5.4.3). Afgesloten wordt met een slotsom waarin de vraag wordt beantwoord welke publieke belangen zijn vastgesteld, of dit impliciet of expliciet is gebeurd en of hierbij een prioriteitenstelling is gemaakt (5.4.4).

5.4.2 Europees niveau

Op EG-niveau zijn twee belangrijke richtlijnen met betrekking tot drinkwater tot stand gekomen. Zij zijn tot stand gekomen op grond van de Milieutitel (XIX) in het VWEU.⁶⁰ In deze titel wordt geëxpliciteerd welke doelen de gemeenschap nastreeft op het terrein van milieu. Deze doelstellingen zijn: behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, de bescherming van de gezondheid van de mens, behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen en bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen.⁶¹ Het Verdrag verschaft de gemeenschap de bevoegdheidsgrondslag om beschermende maatregelen ten aanzien van het milieu te nemen. Deze bevoegdheidsgrondslag belet het overigens de lidstaten niet om (onder voorwaarden, zie preambule 19-20) verdergaande beschermingsmaatregelen te handhaven en te treffen.⁶²

Hierna wordt eerst ingegaan op de publieke belangen die ten grondslag liggen aan de richtlijn inzake de kwaliteit van het drinkwater⁶³ (Richtlijn drinkwaterkwaliteit) en vervolgens

⁵⁹ Over dit karakter van publieke belangen zie paragraaf 3.5.

⁶⁰ Artt. 175 j° 174 VWEU.

⁶¹ Art. 174 lid 1 VWEU.

⁶² Art. 176 VWEU.

⁶³ Richtlijn 98/83/EG betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (*PbEG* 1998, L 330/32 (*Richtlijn waterkwaliteit*)).

komen de publieke belangen op grond van de richtlijn inzake een kader voor waterbeleid aan de orde (Kaderrichtlijn water).

In de Richtlijn drinkwaterkwaliteit wordt het publiek belang dat eraan ten grondslag ligt geëxpliciteerd. 'De richtlijn heeft ten doel de volksgezondheid te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van verontreiniging van voor menselijke consumptie bestemd water door ervoor te zorgen dat het gezond en schoon is.'⁶⁴ In de richtlijn wordt voorts vastgesteld aan welke parameters de waterkwaliteit moet voldoen, op welk punt het moet worden gemeten en hoe frequent.

In de Kaderrichtlijn water worden eveneens expliciet publieke belangen (in termen van de richtlijn: doelen) vastgesteld. Voor zover relevant voor drinkwater zijn dat de volgende. Ten eerste moet het duurzaam gebruik van water worden bevorderd in verband met de bescherming van de beschikbare waterbronnen op lange termijn. Het duurzaam gebruik moet worden bevorderd volgens het beginsel: 'de vervuiler betaalt'; meer concreet: door middel van prijsprikkels.⁶⁵ Daarnaast wordt verhoogde bescherming en verbetering van het aquatisch milieu beoogd en moet worden gezorgd voor de progressieve vermindering van de verontreiniging van grondwater en voorkoming van verdere verontreiniging. Er moet voldoende oppervlaktewater en grondwater van goede kwaliteit zijn voor een duurzaam, evenwichtig en billijk gebruik van water.⁶⁶ In de richtlijn worden allerlei maatregelen geboden om deze doelstellingen te borgen.

5.4.3 Nationaal niveau

Volgens de nationale wetgever is de drinkwatervoorziening een overheidstaak. Deze vloeit voort uit artikel 22 van onze Grondwet die de overheid de taak oplegt om maatregelen te treffen in verband met de volksgezondheid. In de Drinkwaterwet komt dit tot uitdrukking in artikel 2 waarin staat dat bestuursorganen zorgdragen voor de openbare drinkwatervoorziening.

In de memorie van toelichting bij de Drinkwaterwet worden de publieke belangen kort gememoreerd. 'Deze publieke belangen zijn de continuïteit van de drinkwatervoorziening, optimale kwaliteit van het drinkwater, leveringszekerheid, toegankelijkheid, doelmatigheid, een duurzame wijze van produceren en regionale inpassing in verband met bijvoorbeeld ruimtelijke ordening en grondwaterbeheer.'⁶⁷ Dit is geen volledige weergave van de aan de orde zijnde publieke belangen. In de Rijksvisie Waterketen worden ook nog bescherming van de gebonden klanten, milieukwaliteit en volksgezondheid genoemd.⁶⁸ Deze aanvulling komt overeen met de in de kabinetsnota inzake netwerksectoren genoemde publieke belangen, die in elke netwerksector een rol zouden spelen.⁶⁹

Verder worden het belang en het publieke karakter van de drinkwatervoorziening in de toelichting benadrukt. 'Een goede drinkwatervoorziening is van groot belang voor de volksgezondheid, het welzijn en de welvaart van de samenleving. Het betreft een vitale publieke dienst van groot algemeen belang die onderwerp is van specifieke overheidszorg.'⁷⁰

⁶⁴ Art. 1 lid 2 Richtlijn drinkwaterkwaliteit.

⁶⁵ Art. 9 lid 1 Kaderrichtlijn water.

⁶⁶ Art. 1 Kaderrichtlijn water.

⁶⁷ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 28.*

⁶⁸ *Kamerstukken II 2002/03, 28 966, nr. 1, p. 6.*

⁶⁹ Nota Publieke belangen en marktordening 2000.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 2.*

De doelstelling van het wetsvoorstel is: 'de bevordering van de volksgezondheid door de voorziening van drinkwater aan alle consumenten op een maatschappelijk verantwoorde wijze te waarborgen.'⁷¹ Helder is dat het belang van volksgezondheid vraagt om een goede kwaliteit van het drinkwater.

Daarnaast worden de publieke belangen leveringszekerheid en continuïteit nagestreefd. Het wetsvoorstel bevat nadere regels met betrekking tot de leveringszekerheid en de continuïteit van de openbare drinkwatervoorziening, ook in crisissomstandigheden.⁷² Dit is noodzakelijk '[o]mdat de drinkwatervoorziening wordt beschouwd als een belangrijk onderdeel van de vitale infrastructuur in Nederland. Drinkwater is voor de mens immers een primaire levensbehoefte.'⁷³ In een brief aan de Tweede Kamer gaf de toenmalige staatssecretaris Van Geel (VROM) aan dat in de drinkwatersector leveringszekerheid en kwaliteit in de hiërarchie boven doelmatigheid staan: 'De doelmatigheidsbevordering mag echter *nimmer* leiden tot vermindering van de betrouwbaarheid en veiligheid van de drinkwatervoorziening.'⁷⁴ Ook in de toelichting bij de Drinkwaterwet wordt benadrukt dat de kwaliteit en continuïteit van de drinkwatervoorziening centraal staan.⁷⁵ Hieruit komt duidelijk naar voren dat geen enkele concessie mag worden gedaan aan de betrouwbaarheid en veiligheid van de drinkwatervoorziening. Het is hiermee duidelijk dat aan de betrouwbaarheid en veiligheid van de drinkwatervoorziening prioriteit wordt gegeven boven de doelmatigheidsbevordering.

Onder de term 'maatschappelijk verantwoorde wijze' valt het publieke belang van een uit milieuoogpunt verantwoorde wijze van omgaan met water. Verder is kostenefficiëntie ook een belangrijk uitgangspunt bij dit wetsvoorstel. Er worden vanuit het oogpunt van bescherming van de gebonden consument maatregelen genomen ter bevordering van de doelmatigheid van de drinkwaterbedrijven.⁷⁶

5.4.4 Slotsom

Op grond van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de nationale en Europese wetgever met name van de volgende publieke belangen zijn uitgegaan: een hoge kwaliteit en leveringszekerheid en continuïteit van het drinkwater in het belang van de volksgezondheid, een kostenefficiënt functioneren van de drinkwaterbedrijven (ter bescherming van de gebonden consumenten en resulterend in een goede prijs) en een vermindering van milieuverontreiniging. Kwaliteit en leveringszekerheid staan in de hiërarchie van publieke belangen bovenaan. Er mag geen trade-off plaatsvinden met andere publieke belangen, zoals kostenefficiëntie.

Door zowel de Europese als nationale wetgever worden kwaliteit en leveringszekerheid belangrijker gevonden dan een efficiënte uitvoering van de drinkwatervoorziening. Het nastreven van efficiëntie mag immers geen afbreuk doen aan de kwaliteit en leveringszekerheid van de drinkwatervoorziening. Deze rangorde geeft aanleiding tot een indringender overheidsingrijpen.

⁷¹ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 6.*

⁷² *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 6.*

⁷³ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 6.*

⁷⁴ *Niet dossierstuk II 2004/05, vrom 050135, p. 2 (curs. KW).*

⁷⁵ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 18.*

⁷⁶ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 6.*

5.5 Concurrentie in de drinkwatersector

5.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de economische kenmerken van de drinkwatersector. Het gaat hier om kenmerken die van doorslaggevend belang kunnen zijn voor de regulering van de sector. Er wordt geanalyseerd welke concurrentiemodaliteiten geschikt kunnen zijn voor toepassing in de drinkwatersector en in dat licht wordt beoordeeld of en in hoeverre de nationale wetgever bij de keuze voor deze concurrentiemodaliteit een juiste afweging heeft gemaakt. Het benoemen van de concurrentiemodaliteit is van belang voor de beantwoording van de vraagstelling van dit hoofdstuk omdat de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit gevolgen heeft voor de keuze van instrumenten omdat bepaalde instrumenten op een bepaalde manier bij een bepaalde concurrentiemodaliteit kunnen worden ingezet.

Hierna wordt ten eerste ingegaan op de specifieke kenmerken van het product drinkwater (5.5.2). Vervolgens wordt ingegaan op kenmerken die typerend voor de drinkwatersector als infrastructuurgebonden sector, zoals het bestaan van (natuurlijke) monopolies en de mogelijkheden voor concurrentie, die doorslaggevend (kunnen) zijn voor het type concurrentie waarvoor kan worden gekozen (5.5.3.1). Vervolgens wordt besproken welke vormen van concurrentie in aanmerking kunnen komen in de drinkwatersector (5.5.3.2-5.5.3.6). Hierbij wordt besproken hoe de keuze die door de wetgever is gemaakt voor en tegen bepaalde concurrentievormen moet worden beoordeeld voor de gehanteerde argumenten en de uitkomst. In de slotsom wordt teruggekomen op de hier opgeworpen vraag welke concurrentiemodaliteiten geschikt zijn, hoe de keuze van de nationale wetgever moet worden beoordeeld in het licht van het EU-recht en de economische kenmerken van de sector (5.5.4).

5.5.2 Karakteristieken drinkwater

Een eerste belangrijk en reeds genoemd kenmerk is dat schoon drinkwater een primaire levensbehoefte vervult. Als specifiek kenmerk van drinkwater wordt daarnaast wel genoemd dat de totale consumptie van dit product niet zou moeten toenemen, in tegenstelling bijvoorbeeld tot telecommunicatiediensten of openbaar vervoersdiensten. Dit kenmerk houdt verband met milieu- en schaarsteoverwegingen. De door voorstanders van liberalisering verwachte positieve effecten van concurrentie, daling van prijs en toename van kwaliteit worden daarom niet bereikt door een toename van de omzet, waar dat in 'gewone' sectoren wel mogelijk is.⁷⁷

Verder is drinkwater in tegenstelling tot bijvoorbeeld elektriciteit, een product waarbij kwaliteitsverschillen een belangrijke rol kunnen spelen. Het is een zogeheten heterogeen goed, hetgeen betekent dat kwaliteitsverschillen mogelijk zijn omdat tussen twee soorten drinkwater verschillen in samenstelling kunnen bestaan. Dit betekent dat vermenging van verschillende drinkwaterproducten in een leiding gevolgen heeft voor de kwaliteit ervan.

⁷⁷ Becker 2007, p. 7.

5.5.3 Economische kenmerken drinkwatersector en concurrentiemodaliteiten

5.5.3.1 Economische kenmerken

De drinkwatersector is een kapitaalintensieve industrie met een fysieke infrastructuur. Het drinkwater wordt verspreid via een leidingensysteem dat door heel Nederland in de grond ligt en waarop nagenoeg alle huishoudens en bedrijven zijn aangesloten. Het dupliceren van deze infrastructuur is buitengewoon kostbaar en economisch niet rendabel. 'De kosten van de aanleg van een waterleidingensysteem bestaan voor het grootste deel uit de kosten van het graven en weer dichtmaken van de sleuf, en slechts voor een beperkt deel uit materiaalkosten. Bovendien nemen de materiaalkosten niet evenredig toe met de capaciteit van de leiding.'⁷⁸

Het is in zo'n geval het meest efficiënt als sprake is van één beheerder van de infrastructuur. Daarom is in economische termen sprake van een natuurlijk monopolie bij de infrastructuur in de drinkwatersector.⁷⁹ Dit natuurlijk monopolie wordt nog versterkt doordat de kosten van het transport van water relatief hoog zijn ten opzichte van de productiekosten.⁸⁰ Een natuurlijk monopolie is een type marktfalen dat volgens economische theorieën aanleiding geeft tot overheidsingrijpen.⁸¹

De kans op verslechtering van de drinkwaterkwaliteit neemt toe door een lange reistijd tussen de zuivering en het punt van verbruik. Om deze reden is de drinkwatervoorziening een regionale aangelegenheid.⁸² De distributiegebieden van de verschillende drinkwaterbedrijven zijn sinds 2004 krachtens de wet door de minister van VROM vastgelegd.⁸³ Deze drinkwaterbedrijven zijn exclusief bevoegd (en tevens verplicht) om in het betreffende distributiegebied drinkwater te produceren en te leveren.⁸⁴ De drinkwaterbedrijven, die het leidingnet beheren en zorgdragen voor de productie van drinkwater, hebben een regionaal monopolie op grond van de wet.⁸⁵

5.5.3.2 Concurrentie tussen marktsegmenten

Vanwege het feit dat sprake is van een natuurlijk monopolie komt concurrentie tussen marktsegmenten niet voor in drinkwatersectoren in de wereld. Concurrentie tussen marktsegmenten in de drinkwatersector zou betekenen dat de waterleidingen gedupliceerd zouden moeten worden of dat een alternatief verspreidingssysteem naast het leidingensysteem zou moeten komen.

Zoals hiervoor aangegeven leidt het dupliceren van de infrastructuur tot grote kapitaalvernietiging en is dat volgens economisch onderzoek geen reële optie.⁸⁶ De regering noemt dit dan ook terecht praktisch onmogelijk.⁸⁷

⁷⁸ Jonker 2001, p. 17.

⁷⁹ Dijkgraaf e.a. 1997, p. 66.

⁸⁰ Jonker 2001, p. 17.

⁸¹ Zie paragraaf 3.3.3.3.

⁸² Jonker 2001, p. 17.

⁸³ Zie de regeling distributiegebieden waterleidingbedrijven, *Stcrt.* 2004, 251 op grond van art. 5 lid 1 Dw.

⁸⁴ Artt. 4 en 5 Dw.

⁸⁵ Art. 5 lid 1 Dw.

⁸⁶ Dijkgraaf e.a. 1997, p. 66.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 23.

Bovendien is flessenwater vooralsnog geen reëel substituut voor leidingwater omdat drinkwater nu voor veel andere toepassingen wordt gebruikt, zoals huishoudelijke activiteiten, douchen etc. De substitueerbaarheid van leidingwater met flessenwater, dus slechts voor zover het water betreft dat daadwerkelijk gedronken wordt, is klein, gezien de hoge kwaliteit van het drinkwater in Nederland en de hoge prijs van flessenwater.⁸⁸ De prikkel die uitgaat van de concurrentie tussen het drinkwaterleidingensysteem en de markt voor flessenwater is daarom gering.

5.5.3.3 Concurrentie op de markt

De modaliteit 'concurrentie op de markt' brengt in de drinkwatersector praktische problemen met zich mee. Dit heeft te maken met het belang dat wordt gehecht aan de kwaliteit van drinkwater. Drinkwater is immers een heterogeen product zoals reeds is opgemerkt. Verschillende soorten met verschillende kwaliteiten drinkwater zouden met elkaar vermengd worden in de waterleiding. Bovendien is sprake van een beperkte capaciteit in de waterleiding. Het zou vragen om een planmatig beheer van de waterleiding.⁸⁹ In de economische literatuur wordt aangegeven dat deze vorm van concurrentie nu wellicht nog niet haalbaar is, maar dat dit in de toekomst anders kan liggen vanwege technologische ontwikkelingen, dus door innovatie.⁹⁰ Nu is het zo dat sommige soorten water niet met elkaar mengen of een slecht product opleveren en dit zou dus moeten worden gecontroleerd. Verder zal het vragen om aanvullende regulering van onder meer de toelating tot de waterleidingen.⁹¹

De regering merkt hierover het volgende op: 'In het geval van de drinkwatervoorziening is deze openstelling echter in technisch opzicht zeer lastig en uit oogpunt van kwaliteitsborging van en juridische aansprakelijkheid voor de drinkwaterkwaliteit ongewenst.'⁹² Zoals uit het voorgaande blijkt, worden hier niet de grootste bezwaren verwacht, deze aspecten zouden zijn op te lossen met regulering. Uiteindelijk blijft dan de vraag over in hoeverre de behaalde efficiëntievoordelen opwegen tegen de aanvullende regulering. Dit is niet op voorhand duidelijk.

Zelfs als deze mogelijkheid werkelijkheid wordt, blijft het naar mijn mening de vraag of concurrentie om consumenten daadwerkelijk zal plaatsvinden in de drinkwatersector. Uit het feit dat in tijden van crisis meer consumenten overstappen, kan worden afgeleid dat consumenten de moeite pas nemen als het een aanzienlijk verschil maakt in hun eigen economische situatie. De lage prijs van het drinkwater en het feit dat consumenten het overstappen veel moeite vinden, leiden tot de conclusie dat van de concurrentiedruk van de consument niet teveel moet worden verwacht.⁹³ Bovendien maken de kosten voor het transport het overgrote deel uit van de waterrekening, zoals wij hiervoor zagen. Het deel van de waterprijs waarop kan worden bezuinigd, is daarom zeer gering. Op dit moment is nergens in de wereld concurrentie op de markt tussen verschillende leveranciers van drinkwater.⁹⁴

⁸⁸ Flessenwater is gemiddeld 200 keer zo duur als leidingwater, zie Jonker 2001, p. 18.

⁸⁹ Jonker 2001, p. 17.

⁹⁰ Van Damme 2006, p. 37 en Dijkgraaf e.a. 1997, p. 75-76.

⁹¹ Dijkgraaf e.a. 1997, p. 75.

⁹² *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 23.

⁹³ Zie ook Van Damme 2006, p. 36.

⁹⁴ Lobina & Hall 2008, p. 3-4.

5.5.3.4 Concurrentie om de markt

Concurrentie om de markt is wel een reële mogelijkheid in de drinkwatersector.⁹⁵ Er zou een scheiding kunnen worden aangebracht tussen enerzijds de eigendom en het beheer van het waterleidingnet en anderzijds de levering door middel van het waterleidingnet. Het beheer en de levering zouden dan na concurrentie door middel van aanbesteding kunnen worden uitbesteed. Een voorbeeld hiervan treft men in Frankrijk. De waterleidingnetten zijn eigendom van lagere overheden en de exploitatie ervan kan door middel van het aanbesteden van concessies worden uitbesteed aan drinkwaterbedrijven.⁹⁶ Internationaal is scheiding van eigendom en beheer overigens zeldzaam.⁹⁷

In Nederland heeft het kabinet (Kok-II, 1998-2002) destijds niet voor dit concessiemodel gekozen, naar eigen zeggen vanwege het belang dat wordt gehecht aan integraal kwaliteitsbeheer.⁹⁸ Minister van VROM in genoemd kabinet, Pronk, noemde een aantal nadelen van dit systeem: het ontstaan van een natuurlijk monopolie in private handen, verlies van integrale kwaliteitszorg, belemmering van samenwerking in de waterketen, risico's van kruissubsidiëring, verminderde bescherming van de gebonden klant, streven naar winstmaximalisatie in plaats van kwaliteitsoptimalisatie alsmede de noodzaak tot verscherpte regulering.⁹⁹ De vraag is in hoeverre deze 'nadelen' echte nadelen zijn.

Als eerste nadeel noemde Pronk het ontstaan van een natuurlijk monopolie in private handen. Deze redenering gaat echter uit van een onjuiste uitleg van het begrip 'natuurlijk monopolie'.¹⁰⁰ In beginsel is juist dat een sterk infrastructuurgebonden sector, zoals de drinkwatersector gekenmerkt wordt door een natuurlijk monopolie. Er zijn echter vormen van regulering waarmee de nadelen van dit monopolie worden doorbroken. Als eigendom en exploitatie worden gesplitst, waarbij de eigendom in publieke handen blijft en de exploitatie door een private partij wordt verricht, heeft deze private partij daarmee geen natuurlijk monopolie. Hij heeft een wettelijk of juridisch monopolie voor de duur van de verleende concessie. De nadelen van dit monopolie moeten en kunnen worden ondervangen met regulering, zoals ook gebeurt in het stads- en streekvervoer, door middel van de concessie.

Ook de overige nadelen die door de minister zijn genoemd, kunnen worden ondervangen met verscherpte regulering dat hij als afzonderlijk laatste nadeel noemt. Deze redenering is niet zuiver omdat daarin alle nadelen worden nevensgeschikt, terwijl met het laatste nadeel de overige genoemde nadelen kunnen worden opgelost. Het is sterk de vraag of verscherpte regulering per definitie als een nadeel zou moeten worden gezien. Dit oordeel zou moeten worden ondersteund door een onderbouwing waaruit blijkt dat de efficiëntiewinsten die worden bereikt met concurrentie om de markt niet opwegen tegen de gemaakte reguleringskosten. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt echter. Voorts stelt Pronk de vraag hoe groot de concurrentiedruk eigenlijk is nu de Franse markt in de praktijk wordt gedomineerd door drie grote bedrijven. Zelf suggereert hij hiermee impliciet dat er weinig concurrentiedruk is. Hoewel dit mogelijk een terechte zorg is, is het niet per definitie een onoplosbaar gegeven dat ook voor de Nederlandse sector hoeft te gelden. Hier zou immers een nieuwe markt ontstaan waarop de huidige drinkwaterbedrijven actief zouden zijn.

⁹⁵ Becker 2007, p. 19.

⁹⁶ Dijkgraaf e.a. 1997, p. 56.

⁹⁷ Lobina & Hall 2008, p. 3-4.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 23.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 869, nr. 4.

¹⁰⁰ Zie over dit begrip paragraaf 3.3.3.3.

Vervolgens benoemt hij een aantal nadelen van de Franse sector zoals het 'chloreren' van drinkwater en een gebrekkige leveringszekerheid. Het is onduidelijk waar de minister dit laatste gegeven op heeft gebaseerd. Volgens onderzoekers is er in Frankrijk juist sprake van een redelijke goede leveringszekerheid.¹⁰¹ Het verband tussen deze problemen en de marktordening (concurrentiemodaliteit) blijft bovendien onbesproken en wordt dus niet aangetoond.

De dominantie van bepaalde bedrijven kan mijns inziens overigens wel degelijk een belemmering vormen voor het welslagen van concurrentie. De meerderheid van de watersector in Europa is in publieke handen. In een aantal landen is een groot deel van de sector geprivatiseerd. Dit is het geval in de Tsjechische Republiek, Frankrijk, Hongarije, Spanje en het Verenigd Koninkrijk.¹⁰² In Europa wordt deze private watersector gedomineerd door twee bedrijven: Suez en Veolia. Deze bedrijven zijn allebei Frans en in allebei de bedrijven heeft de Franse staat indirect een meerderheidsbelang. Dit belang is door de Franse staat verworven vanwege een dreigende buitenlandse overname.¹⁰³

Een ander mogelijk nadeel van privatisering van de levering en het beheer van de drinkwatervoorziening is dat essentiële kennis 'weglekt' uit het publieke domein. Overheden worden volledig afhankelijk van de kennis van de private bedrijven die over de expertise beschikken. Het mogelijk bereiken van een grotere efficiëntie is deze afhankelijkheid niet waard.¹⁰⁴

5.5.3.5 Prestatievergelijking

De vierde concurrentiemodaliteit is een prestatievergelijking met al dan niet een daaraan gekoppeld afrekenmechanisme. Eerst wordt ingegaan op een prestatievergelijking mét en vervolgens een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme.

Een prestatievergelijking met afrekenmechanisme wordt ook wel genoemd: maatstafconcurrentie. De tarieven van drinkwaterbedrijven worden dan gereguleerd door de prestaties van drinkwaterbedrijven onderling te vergelijken. Aan de hand van de vergelijking worden dan maatstaven vastgelegd op grond van de prestaties van de meest efficiënt opererende bedrijven en daaraan wordt een afrekenmechanisme gekoppeld. Op grond van zo'n vergelijking kunnen dan bijvoorbeeld maximumtarieven per bedrijf worden vastgesteld om ze ondanks hun monopoliepositie toch zo efficiënt mogelijk te laten werken.

Een voorbeeld van maatstafconcurrentie is te vinden in de drinkwatersector in Engeland en Wales (hierna: Engeland). In Engeland zijn de drinkwaterbedrijven eind jaren tachtig van de vorige eeuw volledig geprivatiseerd en aan de beurs genoteerd. Zij hebben wel grotendeels hun regionale monopolies behouden. Inmiddels zijn vijf bedrijven niet langer aan de beurs genoteerd maar overgenomen door beleggingsbedrijven. Er zijn grote problemen geweest in de drinkwatersector aldaar, zoals hoge prijzen en grote hoeveelheden weglekkend drinkwater, die verband hielden met een zeer slechte staat van onderhoud van de leidingen ten tijde van de privatisering (tevens een belangrijk motief voor privatisering) en gebrekkig functionerend toezicht. Pronk stelt dat, hoewel de gewijzigde organisatie van de drinkwatersector in Engeland heeft geleid tot verbeteringen, de situatie nog niet optimaal is.¹⁰⁵

¹⁰¹ Dijkgraaf e.a. 1997, p. 60.

¹⁰² Hall & Lobina 2007a, p. 3.

¹⁰³ Hall & Lobina 2007a, p. 3.

¹⁰⁴ Wilkeshuis 2008, p. 355.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 1998/99, 25869 nr. 4, p. 4.

Een verdere motivering van de minister waarom dit systeem in Nederland bij goed georganiseerd toezicht en leidingen in goede staat niet zou werken, ontbreekt. Dit ondanks de stelling van onderzoekers dat het functioneren van de drinkwatersector in Engeland en Wales aanzienlijk zou zijn verbeterd.¹⁰⁶ Deze verbetering zou verband houden met de instelling van 'The Office of Water Services', kortweg OFWAT. Deze 'regulator' wordt wel gezien als het succes van de Engelse drinkwatersector.¹⁰⁷ In ander onderzoek komt naar voren dat de watersector in Engeland en Wales problematisch is en wordt publieke eigendom bepleit, hetgeen volgens de betrokken onderzoekers tot grote besparingen zou leiden.¹⁰⁸

De redenering van minister Pronk was dat, 'mede op grond van het natuurlijk monopolie in de drinkwatersector, de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening het best wordt gewaarborgd indien het publieke karakter is verzekerd.'¹⁰⁹ Een opvallende redenering van een minister die zitting had in een kabinet waarin marktwerking hoog op de agenda stond in andere sectoren, zoals energie en openbaar vervoer. De minister motiveert zijn stelling dat het publieke karakter van de drinkwaterbedrijven de beste waarborgen biedt als volgt. 'Het verlaten van deze lijn zou tot een privaat monopolie leiden en daarmee aanleiding kunnen geven tot een aanzienlijke intensivering van de regulering en risico's met zich meebrengen ten aanzien van de thans uitstekende drinkwatervoorziening in Nederland.'¹¹⁰

Nergens wordt geëxpliciteerd welke garanties eigenlijk kunnen worden verwacht van de publieke eigendom. De invloed van overheidsaandeelhouders, gelet op hun beperkte bevoegdheden en op de sterke versnippering van het aandeelhouderschap moet niet worden overschat.¹¹¹ Bovendien blijkt in de praktijk dat overheidsaandeelhouders niet altijd in staat zijn of de wil hebben om de publieke belangen te behartigen door middel van hun aandeelhouderschap. Denk bijvoorbeeld aan de excessieve beloningen bij energiebedrijven en aan de stijgende drinkwatertarieven terwijl de winstuitkeringen aan aandeelhouders groeiden. Uit deze voorbeelden is af te leiden dat ook bij sommige overheden een mentaliteit ontstaat die is gericht op winstmaximalisatie en in de belangenbehartiging een voorkeur geven aan het eigen financiële belang. Een mogelijke oorzaak hiervoor is een gebrek aan financiële middelen. Het Rijk heeft de afgelopen jaren sterk bezuinigd op de middelen die naar de lagere overheden toevloeien.

Het reguleringssysteem in Engeland wijkt op een aantal punten aanzienlijk af van het Nederlandse. Zo hebben Engelse marktautoriteiten verdergaande bevoegdheden dan in Nederland gebruikelijk is en leggen zij rechtstreeks verantwoording af aan de volksvertegenwoordiging. Deze bevoegdheden zijn nodig om de grote op winst gerichte bedrijven in toom te kunnen houden. In ons systeem staat het toekennen van dergelijke bevoegdheden aan marktautoriteiten, die onder beperkte verantwoordelijkheid van een minister staan, op gespannen voet met constitutionele uitgangspunten.¹¹²

Duidelijk is geworden dat onderzoeken naar het functioneren van de drinkwatersector in Engeland tot uiteenlopende uitkomsten komen. Hoewel een goede motivering van de minister ontbreekt, kunnen er wel degelijk argumenten gevonden worden voor het niet privati-

¹⁰⁶ Dijkgraaf e.a. 1997, p. 54.

¹⁰⁷ E. Dijkgraaf & E.G. van de Mortel, 'Marktwerking kan ook zonder privatisering', *NRC Handelsblad* 11 september 1997.

¹⁰⁸ Hall & Lobina 2007b.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 869 nr. 4, p. 4.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 869 nr. 4, p. 4.

¹¹¹ Zie paragraaf 4.6.

¹¹² Zie paragraaf 3.6.2.4.

seren van de drinkwatervoorziening. Het volledig uit handen geven van de drinkwatervoorziening aan private bedrijven draagt risico's in zich. Voor private bedrijven is het goed functioneren van de drinkwatervoorziening een tweede doel, voorop staat winstmaximalisatie. Als een bedrijf gebrekkig functioneert of de infrastructuur verwaarloost, is uiteindelijk de rekening voor de staat, en daarmee voor de burger. Efficiëntie is een nastrevenswaardig effect, maar niet tegen elke prijs. Mede gelet op de hoge waardering op politiek niveau voor de kwaliteit van drinkwater, is het mijns inziens terecht dat deze voorziening niet uit handen wordt gegeven. De overheid blijft dan in voorkomende gevallen degene die ultiem kan beslissen over wat er met de infrastructuur moet gebeuren, hetgeen de leveringszekerheid op de langere termijn ten goede komt. Deze conclusie hangt samen met het gegeven dat het toekennen van verdergaande bevoegdheden aan marktautoriteiten in Nederland op gespannen voet staat met constitutionele uitgangspunten.

Bij een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme is geen sprake van rechtstreekse concurrentie.¹¹³ Het is een afgezwakte variant van maatstafconcurrentie. Net als bij maatstafconcurrentie wordt hierbij een onderlinge prestatievergelijking uitgevoerd, maar in dit geval is geen sprake van een afrekenmechanisme. Tot op heden zijn er in de Nederlandse drinkwatersector uitsluitend vrijwillige benchmarkstudies verricht.

In de Drinkwaterwet is gekozen voor een verplichte prestatievergelijking tussen publieke bedrijven. De drinkwaterbedrijven zijn al dan niet direct in handen van lagere overheden en op grond van de wet is het hen verboden hun aandelen te verkopen buiten het publieke domein. Zoals hiervoor besproken, zijn er risico's verbonden aan het privatiseren van bedrijven. Dit wil echter niet zeggen dat er géén risico's verbonden zijn aan publieke bedrijven. Het instrument van publiek aandeelhouderschap kan van betekenis zijn als daar op een juiste en actieve manier invulling aan wordt gegeven. Als aandeelhoudende overheden zich uitsluitend als beleggers gaan gedragen die zoveel mogelijk rendement uit hun investering willen halen, biedt het publiek aandeelhouderschap geen garanties voor een goed functioneren.¹¹⁴

Een door de minister aan te wijzen instantie voert de prestatievergelijking uit. De vergelijking moet betrekking hebben op de kwaliteit van het geleverde water, de milieuaspecten van de drinkwatervoorziening, klantenservice en kostenefficiëntie. Inmiddels is gebleken dat de onverplichte benchmarkstudies in de periode van 1997-2006 hebben geleid tot een efficiëntieverbetering van 20%.¹¹⁵ De drinkwaterkwaliteit is verbeterd als gevolg van ontharding en de drinkwaterbedrijven scoren beter op milieuaspecten.¹¹⁶

In dit systeem is geen sprake van concurrentie om de consument en ook geen sprake van concurrentie om een opdracht. De drinkwaterbedrijven concurreren met elkaar om de beste te zijn. De prestatievergelijking is een vorm van naming and shaming. De vraag kan worden opgeworpen hoeveel concurrentiedruk van zo'n systeem uitgaat. Er zijn aanwijzingen dat in bepaalde gevallen ook uitsluitend intrinsieke motivatie tot productiviteitsverbeteringen kan leiden.

Nog los van de vraag of dit in de drinkwatersector ook het geval is, kan worden geconcludeerd dat door de prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme de afgelopen jaren een aanzienlijke verbetering tot stand is gekomen. Daarnaast is het zo dat, hoewel geen officieel afrekenmechanisme is gekoppeld aan de benchmark, er wel veel instrumenten zijn op grond van de Drinkwaterwet waarmee eventuele problemen die uit de vergelijking naar voren ko-

¹¹³ Zie paragraaf 3.7.6-3.7.7.

¹¹⁴ Zie paragraaf 4.6.

¹¹⁵ De Witte & Dijkgraaf 2008, p. 14-15.

¹¹⁶ Muskee 2004, p. 11.

men, kunnen worden aangepakt (zie hierna 5.7). De afgelopen jaren zijn door deze prestatievergelijking wel zaken aan het licht gekomen, zoals de hantering van hogere tarieven terwijl tegelijkertijd aan de aandeelhouders een winstuitkering werd gedaan.

5.5.4 Slotsom

De levering van drinkwater vervult een primaire levensbehoefte en houdt nauw verband met de bescherming van het milieu. Daarnaast is het een heterogeen goed waarvan de kwaliteit samenhangt met de volksgezondheid. In de drinkwatersector is sprake van natuurlijke monopolies. De drinkwaterbedrijven hebben om die reden een wettelijk (regionaal) monopolie om drinkwater te produceren en te leveren.

In de drinkwatersector is door de wetgever gekozen voor de meest zwakke vorm van concurrentie: de prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme. Zoals hiervoor is besproken, zijn ook andere concurrentiemodaliteiten mogelijk in de drinkwatersector: concurrentie tussen marktsegmenten en een prestatievergelijking met afrekenmechanisme zijn reële opties. Bij de bespreking van de andere concurrentiemodaliteiten bleek dat de argumenten die volgens de minister tegen deze mogelijkheden zouden pleiten, niet allemaal overtuigend waren. Desondanks bleken zowel voor het in publieke handen houden van de openbare drinkwatervoorziening als voor het niet introduceren van concurrentie goede argumenten te vinden. Deze hielden verband met de prioriteitenstelling die door de politiek ten aanzien van publieke belangen in de drinkwatersector zijn gemaakt (5.3), de inmiddels bereikte efficiëntie en de hoge kwaliteit van het Nederlandse drinkwater voor een relatief lage prijs. In de prioriteitenstelling bleek immers dat kwaliteit en leveringszekerheid te allen tijde voorrang genoten boven efficiëntie.

Om leveringszekerheid op de langere termijn te kunnen garanderen, is het van belang dat de infrastructuur in publieke handen is. Het risico bestaat bovendien bij privatisering van de levering dat winstmaximalisatie een belangrijk oogmerk wordt. Ook private bedrijven zouden op basis van kostengeoriënteerde tarieven kunnen werken. De prikkel om dan te innoveren is in dat geval echter gering, gelet op het feit dat de kosten en een kleine winstmarge uitgangspunt zullen zijn voor de tarieven. Op het moment dat de bedrijven in publieke handen blijven, stelt dit de overheid in de gelegenheid om prikkels tot innovatie af te geven.

5.6 Partijen in de drinkwatersector

5.6.1 Inleiding

In de drinkwatersector zijn verschillende partijen actief die beschikken over verschillende instrumenten om publieke belangen te borgen. De partijen in nutssectoren zijn steeds in te delen in drie clusters. Ten eerste is de overheid van groot belang (5.6.2). Vaak zijn verschillende bestuursorganen betrokken bij het reguleren van de sector: de wetgever, een zelfstandig bestuursorgaan, een inspectie onder verantwoordelijkheid van de minister en lokale of regionale bestuursorganen. Ten tweede zijn de leveranciers van de betrokken diensten de spil in nutssectoren (5.6.3). Ten derde zijn er de consumenten aan wie de diensten worden geleverd, wier individuele en collectieve belangen nopen tot een goede regulering van de sector (5.6.4). Hierna worden deze drie typen partijen achtereenvolgens besproken.

Voor het beantwoorden van de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is deze analyse van belang opdat kan worden beoordeeld in hoeverre de wetgever het borgen van publieke belangen uit handen van de overheid geeft. De mate waarin de borging uit handen wordt gegeven is een indicatie van wie de verantwoordelijkheid ervoor draagt.

Aan de hand van deze analyse wordt in de slotsom de vraag beantwoord hoe de verantwoordelijkheidsverdeling tussen markt en overheid kan worden geduid voor de drinkwatervoorziening (5.6.5).

5.6.2 Overheid

5.6.2.1 Bestuursorganen

Bestuursorganen hebben op grond van de Drinkwaterwet een zorgplicht voor de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening.¹¹⁷ Deze bestuursorganen worden in deze bepaling niet nader aangeduid. Uit de toelichting blijkt dat als normadressaat van deze bepaling moeten worden beschouwd, alle bestuursorganen van zowel de rijksoverheid als van decentrale overheden die direct of indirect van invloed zijn op de openbare drinkwatervoorziening. 'Zij hebben allen verantwoordelijkheden en taken die door de zorgplicht (...) worden bestreken, ook indien het gaat om niet in dit wetsvoorstel geregelde taken'.¹¹⁸ In het tweede lid wordt bepaald dat bij de uitoefening van bevoegdheden en toepassing van wettelijke voorschriften door bestuursorganen de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening geldt als een dwingende reden van groot openbaar belang.

Het komt erop neer dat bestuursorganen in hun belangenafweging in het algemeen aan de veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening een zwaar gewicht moeten toekennen. De formulering 'dwingende reden van groot openbaar belang' is gekozen in verband met de toepassing van de Habitatrichtlijn, waarvan slechts mag worden afgeweken in verband met dwingende redenen van groot openbaar belang. Deze formulering is gekozen om in de onder de richtlijn aangewezen gebieden te kunnen afwijken van de geldende normen in verband met de openbare drinkwatervoorziening.¹¹⁹

Deze zorgplicht is een uitdrukking van het uitgangspunt van de Drinkwaterwet dat de overheid volledig verantwoordelijk is voor een veilige en duurzame drinkwatervoorziening. In

¹¹⁷ Art. 3 lid 1 Dw.

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 20.*

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 21.*

de formulering van het artikel wordt aangesloten bij het begrip bestuursorgaan zoals dat geldt op grond van de Awb.¹²⁰ De bepaling kent een groot bereik aan bestuursorganen.

5.6.2.2 *Minister van VROM*

De minister van VROM is een bestuursorgaan, behorend tot de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat der Nederlanden.¹²¹ Hij is politiek verantwoordelijk voor het functioneren van het regulerend kader van de drinkwatersector en heeft belangrijke bevoegdheden op grond van de Drinkwaterwet om in te grijpen (5.7.2). Daarnaast heeft hij de bevoegdheid om de bepalingen uit de Drinkwaterwet bestuursrechtelijk te handhaven, door middel van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom.¹²²

Gelet op de publieke belangen die door de politiek zijn vastgesteld voor de drinkwatersector is naar mijn mening een rol voor de minister van VROM om in te grijpen gerechtvaardigd. De dreiging van politiek ingrijpen wordt doorgaans gezien als zeer marktversturend. Nu de politiek echter heeft bepaald dat kwaliteit en leveringszekerheid gaan boven doelmatigheid is het gepast dat hij vergaande bevoegdheden heeft en verantwoording daarover aflegt aan het parlement. Efficiëntie wordt immers vaak bereikt door concurrentie in te voeren, waarbij de mogelijkheid van politiek ingrijpen marktversturend kan werken. Nu er geen echte concurrentie plaatsvindt op de drinkwatermarkt is het gepast dat de minister van VROM kan ingrijpen.

5.6.2.3 *Inspecteur*

Het toezicht op de naleving van de Drinkwaterwet wordt uitgevoerd door de inspecteur, als zodanig door de minister van VROM aangewezen, en de overige daartoe aangewezen ambtenaren.¹²³ Aan de inspecteur wordt in de wet een aantal bevoegdheden geattribueerd. Bovendien komen hem en de overige aangewezen ambtenaren bevoegdheden toe op grond van de Algemene wet bestuursrecht in hun hoedanigheid van toezichthouder.¹²⁴ Ook de inspecteur is een bestuursorgaan, behorend tot de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat.¹²⁵ Aan hem worden afzonderlijk bevoegdheden geattribueerd in de Drinkwaterwet. Dit pleit ervoor dat hij een orgaan is afzonderlijk van de minister. Wel is de inspecteur volledig ondergeschikt aan de minister. Dit heeft tot gevolg dat de minister volledig politiek verantwoordelijk is voor de wijze waarop de inspecteur gebruik maakt van zijn bevoegdheden. Mutatis mutandis geldt hiervoor dezelfde redenering als bij de minister inzake politiek ingrijpen versus marktverstoring.

5.6.2.4 *Nederlandse Mededingingsautoriteit*

De NMa is een zelfstandig bestuursorgaan dat toezicht houdt op de mededingingsverhoudingen in alle sectoren. Voor de bevoegdheid van de NMa en de toepasselijkheid van het mede-

¹²⁰ Art. 1:1 lid 1 Awb.

¹²¹ Art. 1:1 lid 1 sub a Awb jº art. 2:1 BW.

¹²² Art. 50 lid 1 Dw jº art. 5:32 Awb.

¹²³ Art. 48 lid 1 Dw.

¹²⁴ Hoofdstuk 5 Awb.

¹²⁵ Art. 1:1 lid 1 sub a Awb jº art. 2:1 BW.

dingingsrecht is het ondernemingsbegrip van doorslaggevend belang. Drinkwaterbedrijven zijn zonder uitzonderingen ondernemingen in mededingingsrechtelijke zin.¹²⁶

De NMa is, zoals zal blijken, in beginsel bevoegd om mededingingstoezicht te houden op de drinkwatersector. Zo houdt de NMa concentratietoezicht op fusies tussen drinkwaterbedrijven. Gezien de wettelijke monopolies in de drinkwatersector is er verder voor de NMa een beperkte rol weggelegd. Gelet op de zelfstandigheid van de NMa is zij politiek beperkt verantwoordelijk. Dit houdt (onder meer) in dat de minister slechts algemene aanwijzingen mag geven en niet kan ingrijpen in een bijzonder geval.

Om deze reden en gelet op de aard en zwaarte van de publieke belangen in kwestie, is het van belang dat de NMa uitsluitend mededingingsrechtelijk toezicht uitoefent op de drinkwatersector. Daar geen sprake is van liberalisering van deze sector is er geen grond om sectorspecifiek toezicht door een afzonderlijke toezichthouder te laten plaatsvinden.

Door economen is wel bepleit dat een zogenaamde Waterkamer bij de NMa zou moeten worden opgericht die tarieftoezicht zou moeten houden op de drinkwatersector.¹²⁷ Dit had te maken met het feit dat in 2006 winstuitkeringen werden gedaan aan de aandeelhouders, terwijl tegelijkertijd de tarieven voor de consumenten stegen. Er was derhalve behoefte aan grip op de tarieven. Als de publieke aandeelhouders op een wijze die overeen stemt met het publieke belang hun bevoegdheden uitoefenen, kunnen zij zelf echter voldoende tarieftoezicht uitoefenen. Een toezichthouder op tarieven is naar mijn mening slechts aangewezen indien sprake is van private concurrerende bedrijven. Zij zijn gedreven om hun winst te maximaliseren. Deze prikkel moet worden beteugeld met tarieftoezicht. In het geval van publieke aandeelhouders met monopolies is het van belang dat de aandeelhouders hun bevoegdheden op een wijze invullen die getuigt van het publieke belang van drinkwater, van deskundigheid en van een actieve houding. Op het moment dat hieraan uitdrukking wordt gegeven bij het aanwenden van de aandeelhoudersbevoegdheden, is er geen enkele noodzaak voor ander toezicht op de tarieven.

5.6.2.5 *Vergelijkende instantie*

In de Drinkwaterwet is bepaald dat de minister een instantie aanwijst die is belast met de uitvoering van een prestatievergelijking.¹²⁸ De prestatievergelijking heeft betrekking op de kwaliteit van het geleverde water, de milieuaspecten van de drinkwatervoorziening, klantenservice, kostenefficiëntie, onderzoek en ontwikkeling. Voor de inwerkingtreding van de Drinkwaterwet is in opdracht van de Vereniging voor Drinkwaterbedrijven (VEWIN) een vrijwillige prestatievergelijking (ook wel *benchmark*) uitgevoerd. Nog niet bekend is, bij mijn weten, aan welke instantie de opdracht tot prestatievergelijking zal worden verstrekt. Afhankelijk van de status van het orgaan zal het al dan niet om een bestuursorgaan gaan. Dit zal het geval zijn als het een orgaan is van een publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder a Algemene wet bestuursrecht. Mocht de Minister deze opdracht verstrekken aan een privaatrechtelijke rechtspersoon, dan is er geen sprake van een bestuursorgaan omdat deze instantie geen openbaar gezag uitoefent. Wel laat zich denken dat de minister de bevoegdheid in mandaat zou laten uitvoeren door een privaatrechtelijke rechtspersoon. In dat geval wordt deze rechtspersoon geen bestuursorgaan maar worden op hem bepaalde bepalingen van

¹²⁶ Zie paragraaf 5.3.

¹²⁷ Van Damme & Mulder 2006, p. 134-136. Van Damme 2006, p. 543. E.C. van Damme & K.J. Mulder, 'Waterbeleid van Geel kan en moet ambitieuzer', *Financieel Dagblad* 30 mei 2006, p. 9.

¹²⁸ Art. 39 Dw.

toepassing, zoals hierna zal blijken. Deze oplossing lijkt zinvol nu de prestatievergelijking in het verleden steeds is verricht door een privaatrechtelijke rechtspersoon en daarom op dit moment de expertise daar ook voorhanden is.

De prestatievergelijking heeft op zichzelf immers geen (publiekrechtelijke) rechtsgevolgen. De drinkwaterbedrijven moeten naar aanleiding van de prestatievergelijking doorgeven wat zij gaan verbeteren, maar dit gebod geldt reeds op grond van de Drinkwaterwet.¹²⁹ Deze verplichting houdt derhalve geen rechtsgevolg in van de prestatievergelijking. De inhoud van het verslag van de prestatievergelijking kan wel leiden tot verschillende soorten acties aan de zijde van de drinkwaterbedrijven, maar, zoals reeds opgemerkt, het verslag zelf heeft naar mijn mening geen rechtsgevolg. Op de prestatievergelijking wordt dieper ingegaan in paragraaf 5.7.5.

Dit betekent dat de Algemene wet bestuursrecht nagenoeg niet van toepassing zal zijn op de instantie omdat deze geen besluiten neemt, ook als het wel een bestuursorgaan is in de zin van de Awb. De status van bestuursorgaan heeft wel gevolgen voor de toepasselijkheid van de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet Nationale Ombudsman. Een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur kan van belang zijn in verband met de selectie van gegevens en daarmee het eventueel achterhouden van gegevens door de prestatievergelijkende instantie. Een beroep op de Nationale Ombudsman zal niet voor de hand liggen, daar het bestuursorgaan niet rechtstreeks handelt jegens burgers.

Gelet op het belang van publieke controle verdient het naar mijn mening de voorkeur dat het protocol dat van toepassing is op de prestatievergelijkende instantie voorziet in adequate sturingsmogelijkheden voor de minister.¹³⁰

5.6.3 Drinkwaterbedrijven

5.6.3.1 *Rechtsvorm*

Anno 2008 zijn er tien drinkwaterbedrijven in Nederland. De rechtsvormen van de drinkwaterbedrijven zijn acht naamloze vennootschappen, één stichting (Waternet in Amsterdam) en een besloten vennootschap. Al deze bedrijven zijn in overheidshanden. De drinkwaterbedrijven zijn geen bestuursorganen. Zij zijn belast met een wettelijke taak maar oefenen daarbij geen openbaar gezag uit. In de Drinkwaterwet wordt als normadressaat gehanteerd: eigenaren van drinkwaterbedrijven. De eigenaren van drinkwaterbedrijven zijn in de Drinkwaterwet de normadressaten van een aantal zorgplichten. De eigenaren van drinkwaterbedrijven worden niet nader omschreven in de wet. Wel wordt het begrip 'eigenaar' gedefiniëerd als: juridische eigenaar.¹³¹

Juridische eigendom is een begrip dat voorkomt in de economische literatuur en wordt uitgelegd als afgeleide van het begrip economische eigendom. Een eigenaar is degene die alle rechten en plichten heeft ter zake van een goed. Zo is hij gerechtigd het goed over te dragen. Ook kan hij de economische eigendom van zijn goed overdragen aan een derde. Hij blijft dan zelf juridisch eigenaar. De economische eigenaar verwerft het recht op de gebruikswaarde

¹²⁹ Art. 35 wetsvoorstel Drinkwaterwet (bron?).

¹³⁰ Het gaat hier om het protocol dat de prestatievergelijkende instantie in acht heeft te nemen, zie art. 39 e.v. Drinkwaterwet.

¹³¹ Art. 1 lid 1 Dw.

van het goed.¹³² Het begrip eigenaar is in deze wet gedefinieerd als 'juridisch eigenaar', vermoedelijk om te voorkomen dat er misverstanden ontstaan over de vraag in hoeverre economische eigenaren ook normadressaat zouden kunnen zijn. Niet valt in te zien welke situatie de wetgever hierbij voor ogen had. In het systeem dat door de Drinkwaterwet wordt gecreëerd is immers geen sprake van enige scheiding van juridische en economische eigendom. Volstaan had kunnen worden met het begrip 'eigenaar' van een drinkwaterbedrijf.

In de toelichting wordt eerst expliciet gesteld dat met 'eigenaren van drinkwaterbedrijven' gemeenten en provincies worden bedoeld in hun hoedanigheid van aandeelhouders. 'Gemeenten en provincies dragen vooral verantwoordelijkheid als eigenaar van drinkwaterbedrijven en in noodsituaties. Zij zijn gehouden er voor zorg te dragen dat de eigendom in overheidshanden blijft en dat drinkwaterbedrijven aan hun wettelijke plichten voldoen, rekening houdend met de beleidskaders zoals door het Rijk aangegeven.'¹³³ Het verwachten van de aandeelhoudende gemeenten en provincies dat zij de drinkwaterbedrijven houden aan hun wettelijke taken is om verschillende redenen zeer problematisch. Dit houdt verband met het feit dat de aandeelhouders een zeer moeizaam aangrijpingspunt vormen voor de wettelijke regulering.

Zoals eerder in deze studie betoogd kan de stelling dat de aandeelhoudersvergadering de hoogste macht in de vennootschap is, sterk worden gerelativeerd.¹³⁴ De aandeelhouders beschikken niet over de bevoegdheden om in te grijpen in de bedrijfsvoering, hetgeen nodig is om de normen die tot hen zijn gericht in de Drinkwaterwet na te kunnen leven. Zo zijn zij niet bevoegd om concrete aanwijzingen te geven aan het bestuur van het bedrijf. Zij hebben wel de bevoegdheid om het bestuur van de vennootschap te ontslaan. De vraag rijst dan in hoeverre zij in staat zijn om zorg te dragen voor bijvoorbeeld de leveringszekerheid in het distributiegebied. Zelfs na handhaving zijn zij niet degenen die het in hun macht hebben om af te dwingen dat normen worden nageleefd. De aandeelhouders kunnen niet juridisch verantwoordelijk worden gehouden voor de naleving van normen terzake waarvan zij geen bepalende invloed hebben.

Bovendien houdt een groot aantal gemeenten en provincies aandelen in de verschillende drinkwaterbedrijven – soms zelfs in een zeer afstandelijke constructie. Hierbij zijn twee problemen te onderscheiden. Zelfs al zouden de aandeelhouders meer bevoegdheden hebben, het gaat soms om meer dan vijftig partijen die stemrecht hebben in de aandeelhoudersvergadering. Los van het feit dat het niet de moeite loont voor iedere afzonderlijke aandeelhouder zich in de bedrijfsvoering te verdiepen, zouden zij het ook eens moeten worden over een strategie.

Elders in de toelichting wordt het begrip eigenaar anders uitgelegd: 'De juridische eigenaar van een drinkwaterbedrijf zal in het algemeen een naamloze vennootschap zijn (waarin een directeur statutair wordt aangewezen als verantwoordelijke persoon) dan wel een gemeente, ingeval van een gemeentelijk drinkwaterbedrijf.'¹³⁵ Het ligt mijns inziens voor de hand dat de normen zich richten tot het bestuur van de rechtspersoon (vennootschap of stichting) die het drinkwaterbedrijf drijft en zodoende dat deze laatste uitleg tot uitgangspunt moet worden genomen. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap of de

¹³² Kanning, De Bijl & Van Damme 2004, p. 8. Huijgen hanteert een uitgebreidere definitie in Huijgen 1995, p. 12.

¹³³ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895 nr. 3*, p. 39.

¹³⁴ Zie paragraaf 4.6.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895 nr. 3*, p. 35.

stichting.¹³⁶ Bovendien vertegenwoordigt het bestuur de vennootschap of stichting.¹³⁷ Hoewel de rechtspersoon zelf strafbare feiten kan plegen, kunnen bestuurders daarvoor verantwoordelijk zijn en mitsdien aansprakelijk.¹³⁸ In het vervolg zal ervan worden uitgegaan dat met juridische eigenaar wordt bedoeld: de rechtspersoon die de onderneming drijft en daarmee het bestuur als vertegenwoordiging van de rechtspersoon.

Het wordt duidelijk dat de toelichting hier op twee gedachten hinkt wat betreft de uitleg van het begrip 'juridische eigenaar'. De tekst die weergeeft dat hiermee aandeelhouders worden bedoeld, kan de lezer op het verkeerde been zetten waar het suggereert dat aandeelhouders van drinkwaterbedrijven dergelijke plichten zouden kunnen nakomen en daarmee de aandeelhouders meer invloed toedichten dan hen in werkelijkheid toekomt.

5.6.3.2 Voorbehouden aan de overheid

De Drinkwaterwet heeft onder meer ten doel de zeggenschap in drinkwaterbedrijven voor te behouden aan de overheid. Dit geschiedt op een gecompliceerde wijze, namelijk door middel van het begrip 'gekwalficeerde rechtspersoon'. Andere (rechts)personen dan drinkwaterbedrijven mogen geen drinkwater produceren en/of leveren.¹³⁹ Overtreding van dit verbod is strafbaar.¹⁴⁰ Voor een aantal anderen is een uitzondering gemaakt of een ontheffing, verleend door de Minister, mogelijk.¹⁴¹

Hiervoor werd reeds duidelijk dat het motief om de drinkwaterbedrijven voor te behouden aan de overheid is dat 'mede op grond van het natuurlijk monopolie in de drinkwatersector, de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening het best wordt gewaarborgd indien het publieke karakter is verzekerd'.¹⁴² Hierbij werd tevens besproken dat de stelling dat overheidsaandeelhouderschap de beste waarborg zou opleveren niet werd gemotiveerd. Zeker gelet op deze redenering, die erop neer komt dat geen risico's moeten worden genomen, is het opvallend dat geen nadere voorzieningen in de Drinkwaterwet zijn getroffen om deze risico's uit te sluiten. Daarbij valt ook op dat een zekere eenvormigheid inzake de overheidsinvloed op drinkwaterbedrijven niet lijkt te worden nagestreefd. Hierna zal blijken dat dit in de praktijk enorm uiteen kan lopen.

Op grond van de Drinkwaterwet is het verboden om een rechtshandeling te verrichten waardoor een ander dan een 'gekwalficeerde rechtspersoon' zeggenschap krijgt in een drinkwaterbedrijf.¹⁴³ Een gekwalficeerde rechtspersoon is een publiekrechtelijke rechtspersoon, zijnde de Staat, een provincie, gemeente, waterschap of gemeenschappelijke regeling. Het kan ook een naamloze of besloten vennootschap zijn waarbij in de statuten is bepaald dat zijn aandelen uitsluitend (middellijk of onmiddellijk) worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen. Daarnaast mag de vennootschap zich niet hebben verbonden om de zeggenschap over het drinkwaterbedrijf met een ander dan een publiekrechtelijke rechtspersoon of hier bedoelde vennootschap uit te oefenen. Deze voorwaarden voor de vennootschap gelden ook voor een coöperatie. Tenslotte kan ook een stichting waarvan de minister heeft vast-

¹³⁶ Artt. 2:129 en 2:291 BW.

¹³⁷ Artt. 2:130 en 2:292 BW.

¹³⁸ Art. 2:9 BW.

¹³⁹ Art. 4 lid 1 Dw.

¹⁴⁰ Art. 55 jº art. 4 lid 1 Dw jº art. 1 sub 1º WED.

¹⁴¹ Art. 4 lid 2 tot en met 5 Dw.

¹⁴² Kamerstukken II 1998/99, 25 869, nr. 4, p. 4.

¹⁴³ Art. 15 Dw.

gesteld dat gewaarborgd wordt dat de volledige zeggenschap wordt uitgeoefend door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen, worden aangemerkt als gekwalificeerde rechtspersoon.¹⁴⁴

In de Drinkwaterwet is bepaald dat als een drinkwaterbedrijf de vorm van een naamloze vennootschap heeft, de bepalingen inzake de instelling van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap van boek 2 BW van toepassing zijn. De meeste drinkwaterbedrijven zijn vanwege hun omvang reeds aan deze bepalingen onderworpen. De wet bepaalt tevens dat de raad van commissarissen niet het bevoegde orgaan is om het bestuur te benoemen en te ontslaan.¹⁴⁵ Dit betekent dat deze bevoegdheid toekomt aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

Binnen deze regels zijn zeer verschillende varianten denkbaar en aanwezig in de praktijk. Hier worden er drie behandeld, die in de praktijk voorkomen om te illustreren dat het voorgaande geenszins impliceert dat de invloed van de eigenaren op de drinkwaterbedrijven precies hetzelfde is.

Het Waterbedrijf Groningen is een naamloze vennootschap waarvan de aandelen in handen zijn van de Provincie Groningen en (een groot aantal) van Groningse gemeenten.¹⁴⁶ Een lid van gedeputeerde staten (GS) van de Provincie Groningen is de vaste vertegenwoordiger van de aandeelhoudersvergadering. Een tweede lid van GS is voorzitter van de Raad van Commissarissen (RvC). De RvC bestaat voorts uit wethouders en burgemeesters van een aantal gemeenten en een drietal leden dat niet in overheidsfunctie werkzaam is.¹⁴⁷ Waterbedrijf Groningen heeft 276.000 aansluitingen.¹⁴⁸

Waterbedrijf Evides B.V. heeft twee aandeelhouders: B.V. Gemeenschappelijk Bezit Evides en Delta N.V., die ieder vijftig procent van de aandelen houden.¹⁴⁹ De aandelen in deze bedrijven worden gehouden door lokale en regionale overheden.¹⁵⁰ Er is in feite sprake van een indirect aandeelhouderschap, hetgeen de bevoegdheden van de overheden marginaliseert. De directieleden en de commissarissen van Evides zijn niet gelieerd aan de overheid. Evides heeft 985.000 aansluitingen.

De Stichting Waternet wordt bestuurd door de gemeente Amsterdam en het waterschap Amstel, Gooi en Vecht. Het is een dienst van de gemeente. Waternet voorziet ruim één miljoen mensen van drinkwater.¹⁵¹ Waternet heeft 484.000 aansluitingen.

Deze uiteenlopende invloed leidt ertoe dat in sommige gevallen wel en in andere niet door de overheid kan worden ingegrepen. Dit verschil in invloed en het gebrek aan mogelijkheden om in te grijpen dat als gevolg daarvan voor sommige drinkwaterbedrijven geldt, is onwenselijk. De wetgever heeft er destijds voor gekozen om aan te sluiten bij de bestaande praktijk. Nu de wetgever zover heeft willen gaan een privatiseringsverbod vast te leggen, gaat het naar mijn mening niet te ver om ook bepaalde eisen te stellen aan beïnvloedingsmogelijkheden. Dit is op andere plaatsen wel in de wet verankerd.¹⁵² Een geschikte en eenvoudiger manier om dit te regelen is het uniformeren van de bedrijven door uit te gaan van vennootschappen waarin de aandelen direct worden gehouden door overheden. Het begrip gekwalificeerde rechtspers-

¹⁴⁴ Art. 1 lid 1 Dw.

¹⁴⁵ Art. 19 Dw.

¹⁴⁶ Waterbedrijf Groningen, *Van waarde voor de regio* (Jaarverslag 2007), p. 45.

¹⁴⁷ Waterbedrijf Groningen, *Van waarde voor de regio* (Jaarverslag 2007), p. 16.

¹⁴⁸ De cijfers over aansluitingen zijn ontleend aan de Waterleidingstatistiek 2007, p. 9 van VEWIN (Vereniging Waterbedrijven in Nederland).

¹⁴⁹ Evides waterbedrijf, *Jaarverslag 2007*, p. 7.

¹⁵⁰ <www.evides.nl>.

¹⁵¹ <www.waternet.nl>, daarnaast voert Waternet de grondwatertaak voor het waterschap en de riole-ringstaak voor de gemeente uit.

¹⁵² Zie bijvoorbeeld bij tariefregulering paragraaf 5.7.4.

soon hoeft dan niet langer te worden gehanteerd. Bepaald kan worden dat de aandelen uitsluitend rechtstreeks door overheden mogen worden gehouden. Hiermee worden de nu bestaande sterk afstandelijke constructies die effectief tot minder invloed leiden onmogelijk.

5.6.3.3 *Taken en plichten*

Een drinkwaterbedrijf heeft tot taak om in het eigen distributiegebied een duurzame en doelmatige openbare drinkwatervoorziening en bijbehorende infrastructuur tot stand te brengen en in stand te houden. Daarnaast moet het bedrijf de kwaliteit van het productie- en distributieproces en het drinkwater borgen. Verder zijn ook het bijdragen aan de bescherming tegen verontreiniging van drinkwaterbronnen in zijn distributiegebied en het bijdragen aan het verantwoord omgaan met drinkwater door afnemers taken van een drinkwaterbedrijf.¹⁵³

Drinkwaterbedrijven hebben de exclusieve bevoegdheid en tevens de plicht om huishoudens en bedrijven aan te sluiten op het leidingnet en om drinkwater te leveren in het door de minister vastgestelde distributiegebied.¹⁵⁴ Een drinkwaterbedrijf mag daarbuiten ook geen industriewater leveren.¹⁵⁵ Het bedrijf moet tarieven en voorwaarden hanteren die redelijk, transparant en niet-discriminerend zijn.¹⁵⁶

De drinkwaterbedrijven dragen in wezen de operationele verantwoordelijkheid voor de publieke belangen die een rol spelen bij de openbare drinkwatervoorziening.¹⁵⁷ Op hen rust de zorg, overeenkomstig de Drinkwaterwet en de daarop berustende bepalingen, voor een voldoende en duurzame uitvoering van de openbare drinkwatervoorziening binnen hun eigen distributiegebied.¹⁵⁸ Een drinkwaterbedrijf heeft een zorgplicht ten aanzien van de kwaliteit van het door hem geleverde drinkwater. Hij dient daartoe ook zelf onderzoek en controle te verrichten en zich te houden aan normen bij of krachtens de Drinkwaterwet gesteld.¹⁵⁹

Hiertoe moet het onder meer een leveringsplan opstellen waarin aandacht wordt besteed aan de leveringszekerheid en eventuele verstoringen daarvan, de dekking van de toekomstige behoefte aan drinkwater en de levering van nooddrinkwater en noodwater.¹⁶⁰ Het overtreden van het gebod om een leveringsplan op te stellen is strafbaar.¹⁶¹ Een drinkwaterbedrijf draagt verder zorg voor het maken van risicoanalyses van verstoringen.¹⁶² Overtreding van dit gebod is strafbaar.¹⁶³

Verder moet een drinkwaterbedrijf onmiddellijk alle noodzakelijke maatregelen treffen en eventueel in overleg treden met de inspecteur als er een 'verstoring van ernstige aard' optreedt.¹⁶⁴ Overtreding van dit gebod is ook strafbaar.¹⁶⁵ Van zo'n verstoring in deze zin is

¹⁵³ Art. 7 Dw.

¹⁵⁴ Art. 5 lid 1 Dw, zie verder de regeling distributiegebieden waterleidingbedrijven, *Stcrt.* 2004, 251 op grond van art. 3j lid 2 sub a Waterleidingwet, later op grond van art. 5 lid 1 Dw.

¹⁵⁵ Art. 5 lid 2 Dw.

¹⁵⁶ Art. 8 lid 3 Dw.

¹⁵⁷ Zie voor het onderscheid tussen politieke en operationele verantwoordelijkheid: WRR 2000, p 10.

¹⁵⁸ Art. 3 Dw.

¹⁵⁹ Veel van deze normen zijn een omzetting van de normen geldend op basis van de Europese Richtlijn waterkwaliteit. Artt. 21, 22 en 24 Dw.

¹⁶⁰ Art. 37 lid 1 Dw.

¹⁶¹ Art. 55 jº art. 37 Dw jº art. 1 sub 4º WED.

¹⁶² Art. 33 Dw.

¹⁶³ Art. 55 jº art. 33 Dw jº art. 1 sub 1º WED.

¹⁶⁴ Art. 35 Dw.

¹⁶⁵ Art. 55 jº art. 33 Dw jº art. 1 sub 1º WED.

sprake als drinkwater voor een langere periode in een deel van het distributiegebied uitvalt of in gevaar kan komen.¹⁶⁶

5.6.3.4 Gemeenten en provincies

Gemeenten en provincies hebben invloed op de drinkwaterbedrijven omdat zij alle aandelen houden in de drinkwaterbedrijven die naamloze vennootschappen zijn. In Amsterdam is sprake van een andere situatie. De stichting Waternet is daar de uitvoeringsorganisatie die onder andere de drinkwatertaak voor (rekening en verantwoordelijkheid van) de gemeente uitvoert.

Een drinkwaterbedrijf mag van de politiek niet in private handen terecht komen. Dit is na aanvaarding van een motie die beoogde de publieke eigendom van waterleidingbedrijven veilig te stellen, zoals wij al zagen, ook in de wet geregeld.¹⁶⁷ Gemeenten en provincies mogen hun aandelen slechts verkopen aan zogenaamde gekwalificeerde rechtspersonen.¹⁶⁸ Dit zijn hetzij publiekrechtelijke rechtspersonen hetzij privaatrechtelijke rechtspersonen waarvan de statuten bepalen dat uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen zeggenschap hebben.¹⁶⁹

Het uitoefenen van de aandeelhoudersbevoegdheden houdt het uitvoeren van privaatrechtelijke rechtshandelingen in. Ingevolge de Provinciewet en Gemeentewet is het college van gedeputeerde staten respectievelijk burgemeester en wethouders bevoegd om het besluit te nemen om een privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten. Over het aandeelhouderschap als mogelijk instrument om publieke belangen te borgen wordt in 5.7 dieper ingegaan.

Gemeenten en provincies hebben een toezichthoudende taak in hun rol van aandeelhouder op de door de drinkwaterbedrijven gehanteerde prijzen. Hoewel deze taak niet wettelijk is vastgelegd, ging de minister, aldus de toelichting, uit van een primaire verantwoordelijkheid voor het tarieftoezicht van de aandeelhoudende gemeenten en provincies.¹⁷⁰ In de Drinkwaterwet is inmiddels vastgelegd dat als een drinkwaterbedrijf de vorm van een naamloze vennootschap heeft, uitsluitend de algemene vergadering bevoegd is om de tarieven en voorwaarden goed te keuren.¹⁷¹ Deze bevoegdheid mag derhalve niet door bijvoorbeeld de raad van commissarissen worden uitgeoefend. Over de vaststelling van de tarieven, meer in 5.7.

In de praktijk worden de aandeelhouders vertegenwoordigd door wethouders, burgemeesters en gedeputeerden. Gesteld wordt dat soms kennis van zaken van een dergelijk groot bedrijf om belangrijke beslissingen te nemen bij aandeelhouders ontbreekt, waardoor de aandeelhoudersvergadering nauwelijks een volwaardige tegenpartij is van het bestuur van de onderneming.¹⁷² Hiervoor werd al duidelijk dat op uiteenlopende manieren kan worden omgegaan met het aandeelhouderschap en dat in het ene geval de invloed van de aandeelhouders veel groter kan zijn dan in het andere. Dit gegeven roept vragen op in het licht van de

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 37. Zie ook art. 1 lid 1 Dw.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 700, nr. 8 (*Motie Feenstra*) en art. 15 Dw.

¹⁶⁸ Ook andere rechtshandelingen, zoals een statutenwijziging, die ertoe leiden dat een niet-gekwalficeerde rechtspersoon invloed krijgt op een drinkwaterbedrijf zijn verboden. Overtreding van dit verbod is een economisch delict dat een misdrijf vormt. Art. 15 j° 55 lid 2 wetsvoorstel Drinkwaterwet (vindplaats?) (j° art. 1 onder 2° WED).

¹⁶⁹ Art. 1 lid 1 Dw.

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 31 en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 339, nr. 20.

¹⁷¹ Art. 19-20 Dw.

¹⁷² Huizink 2004.

aanwezige publieke belangen. Er bestaat immers geen rechtvaardiging voor een kleinere invloed van de regionale overheden op het ene drinkwaterbedrijf dan op het andere. Deze verschillen zijn daarom onwenselijk en het verdient mijns inziens dan ook aanbeveling om tot een meer uniforme vormgeving van drinkwaterbedrijven te komen waar een minimale overheidsinvloed is gegarandeerd. Hiervoor lijken weinig bezwaren te bestaan, nu het de bedoeling is dat de bedrijven in overheidshanden blijven.

5.6.4 Consumenten

De afnemers van drinkwater zijn huishoudens en bedrijven. In de wet wordt de term kleinverbruiker gehanteerd voor consumenten die een volumestroom hebben van minder dan vijf kubieke meter per uur. In huishoudens en bedrijven bevindt zich een watermeter zodat zij naar verbruik betalen. Zoals hierna zal blijken, is er voor deze kleinverbruikers extra consumentenbescherming in de wet verankerd. Bij bedrijven kan het ook gaan om agrarische bedrijven of om grote industrie. Soms hebben deze hun eigen watervoorziening georganiseerd. Het is voor de afnemers van evident belang, met name voor hun gezondheid, dat er water uit de kraan komt en dat het van goede kwaliteit is. Zij zijn volledig afhankelijk voor hun drinkwatervoorziening van de regionale monopolisten: het drinkwaterbedrijf dat verantwoordelijk is voor de levering en kwaliteit van het drinkwater. Consumenten kunnen niet overstappen op een andere leverancier van drinkwater, ook niet als het bedrijf slecht presteert. Op het micro-niveau in deze sector is derhalve geen sprake van concurrentie.

In verband met deze monopoliepositie, die in de wet is verankerd, is het voor de consument van belang dat het drinkwaterbedrijf aan regulering is onderworpen. De volgende verplichtingen zijn in dit verband van belang. Het drinkwaterbedrijf is wettelijk verplicht aan een ieder die daarom verzoekt een aanbod te doen om die persoon te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde leidingnet en om aan die persoon drinkwater te leveren.¹⁷³ Verder is het bedrijf gehouden voorwaarden te hanteren die redelijk, transparant en niet discriminerend zijn. Bovendien moet het bedrijf een beleid voeren dat gericht is op het voorkomen van het afsluiten van een kleinverbruiker en bij ministeriële regeling worden regels gesteld inzake het beëindigen van de levering van drinkwater aan kleinverbruikers, als mede over preventieve maatregelen.¹⁷⁴

Het is voor consumenten niet mogelijk om bezwaar te maken en beroep in te stellen tegen de goedkeuring van de tarieven door de aandeelhouders. Het gaat om een (interne) privaatrechtelijke rechtshandeling en die is niet appellabel bij de bestuursrechter.¹⁷⁵ Ook het vaststellen van de tariefstructuur door de minister is niet appellabel omdat consumenten niet kwalificeren als belanghebbende wegens onvoldoende individueel belang. De consument heeft als burger wel democratische invloed op de wijze waarop de bevoegde bestuursorganen omgaan met hun invloed in het drinkwaterbedrijf door de vierjaarlijkse verkiezingen van een nieuwe provinciale staten resp. gemeenteraad. Deze organen kunnen vervolgens gedeputeerde staten en het college van burgemeester en wethouders ter verantwoording roepen.

Als de drinkwaterbedrijven zich jegens de consumenten niet aan hun wettelijke plichten houden, zoals het hanteren van redelijke tarieven, of het naleven van de aansluit- en leveringsplicht of het niet nakomen van het gesloten contract, moet de consument zijn toevlucht zoeken tot de geschillencommissie Energie en Water of de burgerlijke rechter. De drinkwa-

¹⁷³ Art. 8 lid 1 en 2 Dw.

¹⁷⁴ Art. 9 lid 1 en 2 Dw.

¹⁷⁵ Art. 8:3 Awb.

terbedrijven zijn immers geen bestuursorganen en de handelingen van deze bedrijven kunnen derhalve niet kwalificeren als besluiten in de zin van de Awb. Consumenten hebben daarom geen rechtstreekse toegang tot de bestuursrechter. Zij kunnen wel een verzoek tot handhaving indienen. De minister kan de bepalingen inzake leveringsvoorwaarden en tarieven bestuursrechtelijk handhaven. Niet uitgesloten is dat hij hiertoe gehouden is op grond van de zogenaamde beginselplicht tot handhaving. Deze beginselplicht houdt in dat bestuursorganen gehouden zijn om te handhaven als zij daarom worden verzocht. De bestuursrechter past deze plicht tot dusver toe op het terrein van het ruimtelijk bestuursrecht, milieurecht en op lokale verordeningen.¹⁷⁶

De Vereniging voor Nederlandse Waterbedrijven (VEWIN) is aangesloten bij de genoemde geschillencommissie Energie en Water.¹⁷⁷ Alle tien drinkwaterbedrijven die in Nederland opereren, zijn (inmiddels) lid van VEWIN. Alle consumenten kunnen derhalve bij de geschillencommissie terecht. Opmerkelijk is dat waar in andere wetten bedrijven worden verplicht zich aan te sluiten bij een geschillencommissie dat in de Drinkwaterwet niet gebeurt. Als een drinkwaterbedrijf het lidmaatschap van VEWIN om wat voor reden dan ook zou opzeggen, betekent dit dat consumenten zich voor geschillen niet meer tot de geschillencommissie kunnen wenden, tenzij het bedrijf zich vrijwillig aansluit. Om deze reden lijkt het mij aangewezen dat er een plicht is om aangesloten te zijn bij de geschillencommissie Energie en Water.

5.6.5 Slotsom

In de drinkwatersector zijn aan de aanbodzijde uitsluitend publieke partijen actief. Dit geeft aan dat de verantwoordelijkheid voor het borgen van publieke belangen in de drinkwatersector helemaal bij de overheid ligt. Er is veel politieke invloed. Ten aanzien van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen markt en overheid ten aanzien van de drinkwatervoorziening moet worden geconcludeerd dat de overheid volledige verantwoordelijkheid draagt voor het functioneren van de drinkwatersector. Bij de drinkwatervoorziening zijn geen private partijen betrokken.

Er zijn echter aanzienlijke verschillen tussen de invloed van de overheidsaandeelhouders en daarmee van de overheid gelet op de mogelijke constructies onder de Drinkwaterwet. Dit leidt mijns inziens tot niet gerechtvaardigde verschillen in overheidsinvloed en daarom wordt hier een uniforme(r) organisatie bepleit, temeer nu de bedoeling is dat de drinkwaterbedrijven ook in de toekomst in overheidshanden blijven.

De consument heeft toegang tot de burgerlijke rechter of de geschillencommissie Energie en Water. Om de toegang tot deze geschillencommissie te verzekeren, verdient het naar mijn mening aanbeveling om de drinkwaterbedrijven te verplichten zich aan te sluiten bij de geschillencommissie.

¹⁷⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 424 (m.nt. Michiels).

¹⁷⁷ <www.geschillencommissie.nl>.

5.7 Instrumenten

5.7.1 Inleiding

Hierna wordt ingegaan op de instrumenten die de wetgever heeft gecreëerd om de drinkwatersector in Nederland te reguleren. Eerst wordt ingegaan op de instrumenten met een ontwerpfunctie: de wettelijke zorgplichten, de tariefstelling, de prestatievergelijking en overige instrumenten met een ontwerpfunctie. Vervolgens wordt ingegaan op de instrumenten die een controle- en correctiefunctie vervullen, te weten toezicht en verschillende vormen van ingrijpen achteraf, waaronder handhaving. In de slotsom wordt de vraag beantwoord in hoeverre deze instrumenten de vastgestelde publieke belangen kunnen borgen.

In de slotsom worden aan de hand van deze beschrijving de volgende vragen beantwoord. Zijn er voldoende instrumenten en zijn het er niet teveel? Bieden ze voldoende grip om de vastgestelde publieke belangen te borgen of wordt veel vrijheid uit handen gegeven? In hoeverre is de inzet van de instrumenten democratisch gelegitimeerd? Zijn er instrumenten beschikbaar om in te grijpen als er iets misgaat in de drinkwatersector? Deze vragen zijn van belang voor de vraag of en in hoeverre met de beschikbare instrumenten de vastgestelde publieke belangen kunnen worden geborgd.

5.7.2 Taak bestuursorganen

In het voorgaande zijn al verschillende zorgplichten uit de Drinkwaterwet aangestipt. Bestuursorganen dragen zorg voor de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening.¹⁷⁸ Dit leidt ertoe dat alle bestuursorganen, zoals hiervoor al aan de orde kwam, die direct of indirect van invloed zijn op de openbare drinkwatervoorziening onder deze zorgplicht vallen. Bovendien geldt de duurzame veiligstelling als een dwingende reden van openbaar belang. Dit betekent dat dit belang in een belangenafweging zwaar weegt in relatie tot andere belangen, zoals het belang van een goede ruimtelijke ordening. De bepaling is wat betreft normadressaat voorts vérstrekkend te noemen omdat hij van toepassing is op alle bestuursorganen die op enigerlei wijze al dan niet direct te maken krijgen met de openbare drinkwatervoorziening. Deze norm wordt niet nader uitgewerkt in andere bepalingen in de Drinkwaterwet. Het betrokken bestuursorgaan heeft wel de ruimte om te beoordelen of de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening in gevaar zou komen door een bepaald besluit. Steeds zal concreet moeten worden onderbouwd dat daadwerkelijk sprake is van de aanwezigheid van een 'dwingende reden van groot openbaar belang'. De keuze van deze term houdt verband met de eis van de Habitatrichtlijn waarin is bepaald dat in bepaalde gebieden slechts van de richtlijn mag worden afgeweken als sprake is van dwingende redenen van groot openbaar belang.¹⁷⁹ Zoals hiervoor is besproken, is het onwaarschijnlijk dat een beroep op deze bepaling een effectief rechtsbeschermingsargument zal zijn.

5.7.3 Zorgplichten

Op drinkwaterbedrijven rust een zorgplicht voor de openbare drinkwatervoorziening. Een zorgplicht is geen vastomlijnde juridische categorie. Dit begrip wordt gedefinieerd als een norm die zich (i) niet uitsluitend tot de overheid richt, (ii) die verplicht tot het betrachten van

¹⁷⁸ Art. 2 Dw.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 40.*

een door de wetgever genoemd belang, (iii) die zodanig algemeen geformuleerd is dat voor de normadressaat meerdere rechtmatige gedragalternatieven openstaan en (iv) waarvan het de bedoeling is dat deze met bestuursrechtelijke instrumenten wordt gehandhaafd.¹⁸⁰

Een zorgplicht kan verschillende functies hebben. De hier relevante functies zijn de paraplufunctie en de vangnetfunctie. Een zorgplicht met een paraplufunctie staat vooraan in de wet en wordt gevolgd door een meer concrete (partiële) uitwerking. Een zorgplicht met een vangnetfunctie wordt opgenomen voor het geval een ongewenste gedraging niet onder een van de concrete voorschriften kan worden gebracht.¹⁸¹

Eigenaren van drinkwaterbedrijven dragen zorg voor een voldoende en duurzame uitvoering van de openbare drinkwatervoorziening binnen hun distributiegebied.¹⁸² Voorts dragen eigenaren van drinkwaterbedrijven er zorg voor dat aan afnemers drinkwater van een goede kwaliteit wordt geleverd en dat het leidingennetwerk veilig is.¹⁸³ Eigenaren van drinkwaterbedrijven dragen ook zorg voor de leveringszekerheid: dat de levering van deugdelijk drinkwater aan consumenten en andere afnemers in het voor hun drinkwaterbedrijf vastgestelde distributiegebied gewaarborgd is in een zodanige hoeveelheid en onder een zodanige druk als in het belang van de volksgezondheid vereist is.¹⁸⁴ De zorgplichten die op de eigenaren van drinkwaterbedrijven rusten, worden nader uitgewerkt in de Drinkwaterwet door middel van allerlei middelvoorschriften om dit doel (voldoen aan de zorgplicht) te bereiken.

Het is de vraag of deze zorgplicht een vangnetfunctie of een paraplufunctie heeft. In hoeverre verzaken drinkwaterbedrijven hun zorgplicht als zij aan alle wettelijke eisen hebben voldaan, maar toch geen zorg dragen voor bijvoorbeeld een goede kwaliteit van het drinkwater? Ik ben van oordeel dat deze zorgplicht als vangnet moet worden gezien, ook als aan de wettelijke eisen is voldaan. Als het drinkwaterbedrijf geen blaam treft in een voorkomend geval, kan niet-naleving van de zorgplicht hen immers op dat punt niet tegengeworpen worden. Wel zijn zij gehouden in te grijpen zodra zij op de hoogte zijn van een probleem uit hoofde van deze zorgplicht. Hiervoor pleit tevens dat in de memorie van toelichting wordt uitgelegd wat deze zorgplicht inhoudt. Hierbij worden geen plichten genoemd, maar 'het bevorderen van' onder andere de kennisinfrastructuur over en de veiligheid van drinkwater.¹⁸⁵ De zorgplicht heeft derhalve een ruimer bereik dan de wettelijke middelvoorschriften die zijn vastgesteld. De meer specifieke zorgplichten voor de leveringszekerheid en de kwaliteit kunnen zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden gehandhaafd. Zoals eerder aan de orde is gekomen richten deze plichten zich tot eigenaren van drinkwaterbedrijven. Het begrip eigenaar wordt uitgelegd als 'juridisch eigenaar'. Ondanks een wisselende uitleg in de toelichting moet er vanuit worden gegaan dat het hierbij gaat om de rechtspersonen en daarmee om hun aanspreekpunt: het bestuur van de rechtspersoon.

5.7.4 Tariefregulering

In elke regio zijn de watervoorzieningen praktisch anders georganiseerd. In het ene gebied kost het bijvoorbeeld meer moeite om het voorhanden oppervlaktewater te zuiveren dan in het andere. De kostprijs van water kan daarom per gebied verschillen. Op grond van de Wa-

¹⁸⁰ Zijlstra e.a. 2004, p. 6.

¹⁸¹ Zijlstra e.a. 2004, p. 20-21.

¹⁸² Art. 3 Dw.

¹⁸³ Art. 21 Dw.

¹⁸⁴ Art. 32 Dw.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 22.*

terleidingwet werden de drinkwatertarieven niet gereguleerd. De vaststelling van het drinkwatertarief werd overgelaten aan de drinkwaterbedrijven. In een aantal gevallen waren de publieke aandeelhouders, wegens een bepaling in de statuten, betrokken bij het vaststellen van de tarieven.

Inzake de vaststelling van het drinkwatertarief was in het oorspronkelijke wetsvoorstel Drinkwaterwet dan ook niets geregeld. Hier was alleen bepaald dat de drinkwaterbedrijven redelijke tarieven moesten hanteren. De regering voelde uiteindelijk niet voor het, door sommige economen bepleitte,¹⁸⁶ instellen van centrale tariefregulering met een systeem van maatstafconcurrentie. Uit onderzoek was namelijk gebleken dat een dergelijk systeem niet zou leiden tot een doelmatigere drinkwatervoorziening in vergelijking met de tot op heden vrijwillig gehanteerde prestatievergelijking.¹⁸⁷ Het vaststellen van het drinkwatertarief was aan de drinkwaterbedrijven, aldus de regering: 'Het is primair aan de besturen van de drinkwaterbedrijven, de algemene vergaderingen van aandeelhouders en raden van commissarissen om toezicht te houden op de doelmatigheid en de prestatievergelijking te gebruiken als instrument om de prestaties te verbeteren. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de algemene uitgangspunten van het rijksbeleid. De tarieven die de drinkwaterbedrijven hanteren dienen gebaseerd te zijn op de dekking van de kosten.'¹⁸⁸

De Tweede Kamer nam geen genoegen met deze aanpak van de tarieven, mede naar aanleiding van ophef over het feit dat bepaalde drinkwaterbedrijven dividend uitkeerden aan aandeelhouders en hogere tarieven doorberekenden aan de consumenten.¹⁸⁹ Er zijn verschillende amendementen ingediend daar de Tweede Kamer de regulering van drinkwatertarieven beter wilde waarborgen. Uiteindelijk is er op verzoek van de Tweede Kamer een paragraaf aan de wet toegevoegd met betrekking tot kostendekkende tarieven, omdat zij deze regels in de wet en niet op het niveau van een lagere regeling wilde hebben zodat het parlement daarover het laatste woord zou hebben.¹⁹⁰ Op grond van deze bepalingen zijn drinkwaterbedrijven gehouden om kostendekkende tarieven te hanteren, waarvoor de minister een tariefstructuur vaststelt. Daarnaast is een bepaling dat de goedkeuring van de tarieven en voorwaarden uitsluitend berust bij de algemene vergadering van een drinkwaterbedrijf in de wet terechtgekomen.¹⁹¹ Onder de Waterleidingwet beschikten de waterleidingbedrijven zelf over de bevoegdheid om een tariefstructuur vast te stellen. Deze bevoegdheid komt nu aan de minister toe.¹⁹²

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (AMvB) wordt een bedrijfseconomische methode vastgesteld volgens welke de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet en het aandeel eigen vermogen in het totale vermogen worden bepaald. Dit is van belang voor de berekening van het tarief op basis van kostendekking. Deze vermogensvoet en het maximaal toegestane aandeel van het eigen vermogen in het totale vermogen worden tweejaar-

¹⁸⁶ Van Damme & Mulder 2006-I, p. 134-136. Van Damme 2006, p. 543, Van Damme & Mulder 2006-II, p. 9.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 31 onder verwijzing naar *Kamerstukken* 2003/04, 28 339, nr. 20. Zie over de prestatievergelijking paragraaf hierna 2.7.5.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 31.

¹⁸⁹ 'De prijs van water', *De Volkskrant* 12 oktober 2006, 'Water kan 66 euro per gezin goedkoper', *Financieel Dagblad* 24 maart 2006 en 'Klant betaalt de winst van waterbedrijf', *De Volkskrant* 12 september 2007.

¹⁹⁰ Art. 10-13 Dw, *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 45 (gewijzigd amendement van de leden Boelhouwer en Koppejan ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 34).

¹⁹¹ Art. 20 Dw.

¹⁹² Zie voor een procedure over de wijziging van de tariefstructuur door een waterleidingbedrijf: Hof 's-Gravenhage 12 februari 2008, *LJN* BC4322.

lijks door de minister vastgesteld.¹⁹³ Op deze wijze wordt een berekeningsmethode voor de tarieven gehanteerd die is gebaseerd op de kosten, waarbij niet meer dan een redelijke winst wordt gemaakt. De minister kan ter handhaving een bindende aanwijzing geven op het moment dat een drinkwaterbedrijf de tariefbepalingen niet naleeft.¹⁹⁴

Samenvattend: in de wet is bepaald dat de tarieven kostendekkend moeten zijn. De drinkwaterbedrijven mogen geen excessieve winsten meer maken. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, hebben de Kroon en de minister een belangrijke rol bij het vaststellen van de vermogenskostenvoet die de bedrijven moeten hanteren. De minister kan deze bepalingen handhaven met een bindende aanwijzing. Ondertussen is ook de algemene vergadering van aandeelhouders van het drinkwaterbedrijf volgens de wet bij uitsluiting (hier moet worden begrepen: bij uitsluiting van een ander orgaan van de vennootschap) bevoegd om de tarieven vast te stellen. De vraag rijst welke betekenis aan deze laatste bepaling toekomt nu het toezicht al door de minister plaatsvindt. Problematisch zou kunnen zijn dat beide bevoegde organen geen gebruik van hun bevoegdheden maken omdat ze verwachten dat de ander wel zal ingrijpen. Dat is problematisch vanuit een oogpunt van het borgen van publieke belangen. Los hiervan is de vraag wat er voor de algemene vergadering nog te beslissen overblijft wanneer het drinkwaterbedrijf de door de Kroon en minister gestelde eisen naleeft.

5.7.5 Prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme

De minister van VROM wijst een instantie aan die de prestatievergelijking, ook wel *benchmark* genoemd, gaat uitvoeren. Deze prestatievergelijking ziet op de kwaliteit van het geleverde water, de milieuaspecten van de drinkwatervoorziening, de klantenservice en de kostenefficiëntie.¹⁹⁵ De prestatievergelijking heeft ten doel om de doelmatigheid van de drinkwatervoorziening te bevorderen uit het oogpunt van de bescherming van de gebonden klanten.¹⁹⁶ Het valt op dat de bedoeling is dat de publieke belangen die eerder zijn vastgesteld voor deze sector allen (in ieder geval ook) door deze prestatievergelijking worden bevorderd.¹⁹⁷ Sinds 1997 werd deze vergelijking al op vrijwillige basis door de drinkwaterbedrijven uitgevoerd. Zoals hiervoor bleek, heeft dit al 20% efficiëntiewinst opgeleverd. Met de Drinkwaterwet is deze vergelijking verplicht geworden.

De aangewezen instantie stelt een protocol voor de prestatievergelijking op, waarin onder meer wordt geregeld welke gegevens door de drinkwaterbedrijven moeten worden verstrekt en op welke categorieën prestaties de vergelijking betrekking heeft. Dit protocol moet in overeenstemming zijn met de nadere regels die het verwachte Drinkwaterbesluit zal bevatten. De minister moet het protocol goedkeuren.¹⁹⁸

Als het protocol niet of niet op tijd wordt vastgesteld, of als de minister daaraan zijn goedkeuring (geheel of gedeeltelijk) onthouden heeft, kan de minister die regels stellen die naar zijn oordeel noodzakelijk zijn voor een goede uitvoering van de prestatievergelijking.¹⁹⁹ De minister heeft hierbij derhalve een uitgesproken mogelijkheid om zelf te bepalen welke factoren van belang zijn bij de prestatievergelijking. De aangewezen instantie brengt verslag

¹⁹³ Art. 10 Dw.

¹⁹⁴ Art. 13 lid 2 Dw, zie over de bindende aanwijzing paragraaf 2.7.7.

¹⁹⁵ Art. 39 Dw.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 3, p. 6.

¹⁹⁷ Zie paragraaf 5.4.3.

¹⁹⁸ Art. 40 Dw.

¹⁹⁹ Art. 41 Dw.

uit van de vergelijking en op basis daarvan zijn drinkwaterbedrijven gehouden om aan de minister aan te geven welke voornemens ter verbetering van de prestaties zij hebben en binnen welke termijn zij deze gaan realiseren. Het verslag en de voornemens worden door de minister aan de Tweede Kamer gestuurd.²⁰⁰

Het blijft bij (negatieve) publiciteit en er is derhalve geen sprake van een 'afrekenmechanisme' waarbij de bedrijven daadwerkelijk gesanctioneerd worden door het opleggen van boetes of het ingrijpen in de prijzen. Ook van de consument gaat geen prikkel uit; hij kan immers niet kiezen tussen verschillende drinkwaterbedrijven; hij is gebonden aan het regionale drinkwaterbedrijf. Hierbij moet niet vergeten worden dat van het onderaan staan in een prestatievergelijking een stevige prikkel zou kunnen uitgaan. Zeker nu het verslag van de prestatievergelijking en de voornemens van de bedrijven ook aan de Tweede Kamer worden voorgelegd. De mediagevoeligheid van deze informatie is immers groot. De Tweede Kamer zou strengere maatregelen gaan overwegen die een gevaar betekenen voor de autonomie van de drinkwaterbedrijven. Niettemin kan worden geconstateerd dat van de resultaten van de prestatievergelijking geen directe prikkel uitgaat naar de drinkwaterbedrijven, zoals het geval zou zijn als sprake was van daadwerkelijke concurrentie.

5.7.6 Verslag minister

Elk jaar stelt de minister een verslag op met betrekking tot de kwaliteit van het drinkwater in het voorafgaande kalenderjaar.²⁰¹ Alle eigenaren van drinkwaterbedrijven zijn gehouden om op verzoek van de minister de gegevens te verstrekken die hij noodzakelijk acht voor het opstellen van het verslag.²⁰² Overtreding van dit gebod is strafbaar.²⁰³

Problematisch aan deze bepaling is dat de minister bepaalt welke informatie hij noodzakelijk acht en derhalve in staat moet zijn te beoordelen welke informatie hij precies nodig heeft, terwijl de expertise op dat punt nu juist bij de drinkwaterbedrijven aanwezig is. Een verbetering van deze bepaling zou kunnen inhouden dat drinkwaterbedrijven tevens gehouden worden alle relevante informatie inzake de kwaliteit van het drinkwater te verstrekken. Op deze wijze kunnen drinkwaterbedrijven ook gestraft worden voor het verzwijgen van relevante informatie waarvan de minister niet op de hoogte was.

5.7.7 Bindende aanwijzing van minister

De eigenaar van een drinkwaterbedrijf moet bepaalde rechtshandelingen melden aan de minister van VROM, vóór het moment waarop ze rechtsgevolg krijgen.²⁰⁴ Het gaat hierbij om rechtshandelingen die de zeggenschapsverhoudingen in een drinkwaterbedrijf kunnen beïnvloeden. Het gaat om: het wijzigen van de statuten, het uitgeven van aandelen in het kapitaal van een drinkwaterbedrijf, het overdragen van de eigendom van een of meer watervoorzieningswerken of werken ten behoeve van de productie van drinkwater, het belasten van een of meer watervoorzieningswerken of werken ten behoeve van de productie van drinkwater met enig zakelijk of persoonlijk recht, het belasten van de winst met enig zakelijk of persoonlijk recht en het sluiten van een overeenkomst waardoor de zeggenschap over het drinkwaterbe-

²⁰⁰ Art. 44 Dw.

²⁰¹ Art. 45 Dw.

²⁰² Art. 47 Dw.

²⁰³ Art. 55 jº art. 47 Dw jº art. 1 sub 4º WED.

²⁰⁴ Art. 14 Dw.

drijf geheel of gedeeltelijk door of tezamen met derden wordt uitgeoefend, of waardoor deze daartoe feitelijk in de gelegenheid wordt gesteld.

Het overtreden van deze meldingsplicht is strafbaar.²⁰⁵ Als er naar het oordeel van de ministsprake is van een verboden rechtshandeling,²⁰⁶ geeft hij een aanwijzing aan de daarbij betrokken personen tot het binnen een daarbij te stellen termijn beëindigen van die handeling of het ongedaan maken van de gevolgen van die handeling.²⁰⁷ Het verrichten van een verboden rechtshandeling alsmede het niet opvolgen van de aanwijzing is strafbaar.²⁰⁸ Bovendien kan tegen het niet naleven van de aanwijzing met bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten worden opgetreden. Aangezien last onder bestuursdwang geen uitkomst biedt, zal een last onder dwangsom moeten worden opgelegd.²⁰⁹

5.7.8 Goedkeuring leveringsplan door inspecteur

Het leveringsplan, dat door een drinkwaterbedrijf wordt opgesteld, moet worden goedgekeurd door de inspecteur.²¹⁰ In dit leveringsplan wordt aangegeven op welke wijze aan de uitvoering van de geldende verplichtingen ten aanzien van de leveringszekerheid, de dekking van de toekomstige behoefte van drinkwater en de levering van nooddrinkwater en noodwater wordt voldaan.²¹¹ Ten aanzien van deze onderwerpen worden nadere eisen gesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.²¹²

De toelichting merkt hierover op dat de goedkeuring geen voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van het leveringsplan.²¹³ Dit betekent dat bij het achterwege blijven van goedkeuring handavingsmaatregelen nodig (kunnen) zijn om te bereiken dat het plan alsnog aan de eisen voldoet. In de Drinkwaterwet is voorzien in bestuursrechtelijke handhaving. Een last onder bestuursdwang biedt hier geen uitkomst en derhalve ligt een last onder dwangsom voor de hand.²¹⁴

De in het leveringsplan opgenomen gegevens inzake verstoringen is informatie die niet verstrekt wordt omdat dat de veiligheid van de staat zou schaden.²¹⁵

5.7.9 Voorwaarden levering

In de Drinkwaterwet is bepaald dat de eigenaar van een drinkwaterbedrijf bij de levering van drinkwater voorwaarden hanteert die redelijk, transparant en niet discriminerend zijn.²¹⁶ Deze bepaling zou op grond van de Drinkwaterwet bestuursrechtelijk kunnen worden gehandhaafd. Op grond van de wet heeft de minister van VROM de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen. Het toepassen van bestuursdwang, het door feitelijk handelen optreden tegen

²⁰⁵ Art. 55 lid 3 jº art. 14 Dw jº art. 1 sub 4º WED.

²⁰⁶ In de zin van artt. 15 en 16 Dw.

²⁰⁷ Art. 17 Dw.

²⁰⁸ Art. 55 jº art. 15 en 17 Dw jº art. 1 sub 2º WED.

²⁰⁹ Art. 50 lid 1 jº art. 5:32 Awb.

²¹⁰ Art. 37 lid 3 Dw.

²¹¹ Art. 37 lid 1 jº 32-35 Dw.

²¹² Art. 38 Dw.

²¹³ *Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 57.*

²¹⁴ Art. 50 lid 1 Dw jº 5:32 Awb.

²¹⁵ Art. 37 lid 4 Dw jº art. 10 eerste lid aanhef en onderdeel b WOB.

²¹⁶ Art. 8 lid 3 Dw

overtreding van een wettelijk voorschrift,²¹⁷ ligt in dit geval echter niet voor de hand. Het hanteren van voorwaarden kan niet worden opgevat als 'feitelijk handelen', maar als het verrichten van rechtshandelingen. Als sprake is van feitelijk handelen, kan met een last onder bestuursdwang worden opgetreden. Als geen sprake is van feitelijk handelen, zal met een last onder dwangsom moeten worden opgetreden.

Bovendien is om te bepalen wat redelijk, transparant en niet discriminerend is, uitgebreide kennis van het drinkwaterbedrijf noodzakelijk. De minister is bevoegd om in plaats van bestuursdwang te plegen, een dwangsom op te leggen.²¹⁸ Dit middel zal wel kunnen worden toegepast in deze situatie. Het drinkwaterbedrijf moet dan de voorwaarden aanpassen op straffe van een dwangsom. Hiervan zal een afschrikkende werking uitgaan. Nadelig van deze sanctie kan zijn dat bij daadwerkelijke verbeurte van de dwangsom uiteindelijk de burgers/consumenten hiervan de dupe zijn omdat de kosten die het drinkwaterbedrijf maakt, als gevolg van de verbeurte van de dwangsom oplopen.

Een andere oplossing is de mogelijkheid voor de minister om een bindende aanwijzing te geven. Dit creëert een zelfstandige juridische verplichting, zonder dat hieraan kosten zijn verbonden.²¹⁹ Verder is het drinkwaterbedrijf gehouden om beleid te voeren gericht op het voorkomen van het afsluiten van een kleinverbruiker. Deze bepaling is bij nota van wijziging aan het wetsvoorstel toegevoegd naar aanleiding van een voorgesteld amendement.²²⁰ Bij ministeriële regeling worden over het afsluiten, alsmede over preventieve maatregelen regels gesteld.²²¹ Er wordt toegelicht dat dit het vastleggen van de bestaande praktijk bij drinkwaterbedrijven behelst. Deze bepalingen zijn analoog aan de bepalingen die gelden voor het afsluitbeleid van energiebedrijven.

5.7.10 Ministeriële regels en ingrijpen bij gevaar voor de volksgezondheid

Als naar het oordeel van de minister van VROM ter bescherming van de volksgezondheid een onverwijlde voorziening noodzakelijk is, kan hij ter voorkoming of beperking van ernstig gevaar bepaalde regels vaststellen.²²² Het gaat om regels die normaal gesproken op grond van de wet bij algemene maatregel van bestuur moeten worden vastgesteld.²²³ Er worden verschillende eisen gesteld aan eigenaren van drinkwaterbedrijven met betrekking tot de kwaliteit van het drinkwater. Zo zien deze eisen onder meer op het toezicht dat door de bedrijven zelf wordt gehouden op de kwaliteit, de vakbekwaamheidseisen die gesteld moeten worden aan het personeel en de chemicaliën die gebruikt mogen worden bij de winning, bereiding en opslag van het drinkwater. Bij ernstig gevaar kan de minister zelfstandig ingrijpen, derhalve zonder samenspraak met de wetgever of de Kroon. Overtreding van deze regels is strafbaar.²²⁴

Verder kan de minister van VROM in geval van buitengewone omstandigheden, zo mogelijk na overleg met de eigenaar van een drinkwaterbedrijf en zo lang als die omstandighe-

²¹⁷ Art. 5:21 Awb.

²¹⁸ Art. 5:32 Awb.

²¹⁹ CBB 4 februari 2004, AB 2004, 298.

²²⁰ *Kamerstukken II 2007/08, 30 895, nr. 47 (vierde nota van wijziging) n.a.v. Kamerstukken II 2007/08, 30 895 nr. 20 (Amendement Jansen).*

²²¹ Art. 9 Dw.

²²² Art. 23 Dw.

²²³ Zie artt. 21, derde of vierde lid, 27, 28 of 29 Dw.

²²⁴ Art. 55 jº art. 23 Dw jº art. 1 sub 1º WED.

den dat vereisen, regels stellen of maatregelen treffen die hij redelijkerwijs nodig acht in het belang van de veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening.²²⁵ Dit artikel was niet in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen, maar is er bij nota van wijziging in gekomen.²²⁶ Deze bepaling schept een ruime bevoegdheid voor de minister. Ten eerste is het begrip 'maatregelen' een onduidelijke term. Het is de vraag wat hier precies onder valt en wanneer een bepaalde handeling van de minister in het licht van het legaliteitsbeginsel een aparte grondslag in de wet zou behoeven. De toelichting gaat niet in op de reikwijdte van het begrip maatregelen en bespreekt ook geen voorbeelden van maatregelen die hieronder zouden kunnen vallen.

De toelichting zegt hierover dat de bepaling ziet op crisisomstandigheden waarin het gewone handavingsinstrumentarium evident tekortschiet. 'Het gaat hierbij bijvoorbeeld om een situatie in de drinkwatersector waardoor een vitaal belang zoals de volksgezondheid of het milieu wordt bedreigd, er geen aanleiding of mogelijkheid is een handavingsbevoegdheid toe te passen, maar de situatie dermate ernstig is, dat het voortduren daarvan niet geduld kan worden.'²²⁷ Onder de Waterleidingwet gold een vergelijkbare bepaling. Op grond van artikel 7 van deze wet kon de inspecteur van de volksgezondheid voor de milieuhygiëne op moment dat de levering van deugdelijk drinkwater niet gewaarborgd kon worden, een waterleidingbedrijf verplichten om de maatregelen te nemen die de inspecteur nodig achtte.

De Afdeling Geschillen van de Raad van State oordeelde in een voorkomend geval de oprichting van een nieuw pompstation redelijk.²²⁸ Van belang is dat de maatregel geen ander doel dient dan het belang van de veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening. Indien een ander doel wordt gediend met de betrokken maatregel, moet deze in strijd worden geacht met het legaliteitsbeginsel, gelet op het – ook in de context van de openbare drinkwatervoorziening gewezen – beroemde Fluorideringsarrest.²²⁹

5.7.11 Overleg met en eventueel ingrijpen door de inspecteur

Bij het optreden van een verstoring is de eigenaar van een drinkwaterbedrijf gehouden om in overleg te treden met de inspecteur als de verstoring een onderbreking van de levering die langer dan 24 uur duurt of gevaar voor de volksgezondheid tot gevolg kan hebben.²³⁰ Als de inspecteur van oordeel is dat de levering van drinkwater niet meer mogelijk is of onaanvaardbaar is vanuit het oogpunt van volksgezondheid, draagt de eigenaar van het drinkwaterbedrijf zorg voor de levering van nooddrinkwater en eventueel ook van noodwater. De inspecteur stelt het drinkwaterbedrijf hiervoor een termijn.²³¹

De minister is volledig verantwoordelijk voor het handelen van de inspecteur. Voor de bevoegdheden van de inspecteur geldt dan ook dat de minister terzake van deze bevoegdheden de inspecteur bijzondere aanwijzingen mag geven.

²²⁵ Art. 54 Dw.

²²⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 16, p. 2.

²²⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 16, p. 2.

²²⁸ AGRvS 26 juli 1990, AB 1990, 550 (m.nt. PJS).

²²⁹ HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (m.nt. ARB), AB 1973, 17 (m.nt. vdH).

²³⁰ Art. 35 lid 2 Dw.

²³¹ Art. 35 lid 3 en 4 Dw.

5.7.12 Leveringsverbod inspecteur

Bij algemene maatregel van bestuur worden gegevens aangewezen die in het belang van de volksgezondheid door de eigenaar van een drinkwaterbedrijf moeten worden verstrekt aan de inspecteur.²³² Overtreding van die bepalingen is strafbaar.²³³ Als de inspecteur van oordeel is dat de levering van drinkwater gevaar voor de volksgezondheid kan opleveren, kan hij de levering verbieden of aan beperkingen en voorwaarden verbinden.²³⁴ De inspecteur beschikt uit hoofde van zijn kwalificatie als toezichthouder over de bevoegdheden die titel 5.2 van de Awb toekent aan toezichthouders in het algemeen. De hier genoemde bevoegdheden van de inspecteur (5.7.11 en 5.7.12) vormen een uitbreiding op dit algemene toezichtinstrumentarium.²³⁵

5.7.13 Bestuurs- en strafrechtelijke handhaving

De minister van VROM is bevoegd om alle bepalingen uit de Drinkwaterwet en de daarop gebaseerde bepalingen op bestuursrechtelijke wijze te handhaven.²³⁶ Hem staan daartoe de middelen van bestuursdwang en dwangsom ter beschikking.²³⁷ Van deze bevoegdheid wordt gebruik gemaakt maar er komen nauwelijks zaken voor de rechter. Mij is geen jurisprudentie bekend over de bestuursrechtelijke handhaving van de Waterleidingwet. In de memorie van toelichting wordt het volgende gezegd over de handhaving tot dusver.

'De belasting voor de rechterlijke macht is gering. Uitgegaan wordt van ongeveer 600.000 collectieve installaties waar het drinkwaterbedrijf gemiddeld eens per tien tot twaalf jaar een controle uitvoert. In 99% van de gevallen kan het drinkwaterbedrijf afwijkingen die eventueel bij een controle worden geconstateerd zelf afdoen in overleg met de betreffende eigenaar of exploitant en is geen tussenkomst van de VROM-inspectie nodig. In ongeveer 1% van de controles wordt de zaak voor handhaving overgeheveld naar de VROM-inspectie. Daarvan wordt circa 95% opgelost na een telefonische waarschuwing of een bestuurlijke brief. Van de ongeveer 50.000 controles die per jaar worden uitgevoerd komen er dus naar verwachting 500 bij de VROM-inspectie terecht, waarvan zo'n 25 resulteren in een proces-verbaal. De meeste processen-verbaal leiden vervolgens tot een schikking.'²³⁸

Daarnaast kan een aantal bepalingen uit de Drinkwaterwet strafrechtelijk worden gehandhaafd.²³⁹ Overtreding van deze bepalingen geldt als een economisch delict in de zin van de Wet op de Economische delicten. Hiervoor is reeds aangegeven bij welke bepalingen overtreding ervan tot strafbaarheid leidt.

In voorkomende gevallen kan de minister derhalve kiezen voor de bestuursrechtelijke of de strafrechtelijke weg afhankelijk van de ernst van de overtreding. Het is ook mogelijk dat beide handhavingsmogelijkheden gecombineerd worden toegepast. Het naast elkaar opleg-

²³² Art. 51 Dw.

²³³ Art. 51 j^o 55 Dw j^o art. 1 sub 1^o WED.

²³⁴ Art. 52 Dw.

²³⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 60.

²³⁶ Art. 50 lid 1 Dw.

²³⁷ Art. 50 lid 1 j^o art. 5:32 Awb.

²³⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 18.

²³⁹ Art. 55 Dw j^o art. 1 sub 1^o, 2^o en 3^o WED.

gen van twee sancties terzake van één gedraging is slechts toegestaan voor zover het gaat om een herstelsanctie gecombineerd met een punitieve sanctie.²⁴⁰

Zoals al aan de orde is gekomen wijst de minister een inspecteur aan en een aantal ambtenaren die worden belast met het toezicht op de naleving van de Drinkwaterwet.²⁴¹ Deze toezichthouders hebben in die hoedanigheid de bevoegdheden (en plichten) die gelden voor toezichthouders op grond van afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht.²⁴² Bij het aanwijzingsbesluit van de minister kunnen deze bevoegdheden evenwel worden beperkt.²⁴³ In beginsel kan een toezichthouder eventueel met behulp van de politie, elke plaats betreden, behoudens een woning zonder toestemming van de bewoner.²⁴⁴ Hij is bovendien bevoegd inlichtingen te vorderen en inzicht in zakelijke gegevens en bescheiden en deze te kopiëren.²⁴⁵ Verder is hij bevoegd zaken te onderzoeken en daarvan monsters te nemen.²⁴⁶

Een ieder is verplicht om medewerking te verlenen aan een toezichthouder.²⁴⁷ Deze medewerkingsplicht geldt niet langer wanneer de toezichthouder een redelijk vermoeden krijgt dat er een strafbaar feit is gepleegd door betrokkene.²⁴⁸ De meeste bepalingen van de Drinkwaterwet waarvan overtreding strafbaar is, richten zich tot de eigenaar van een drinkwaterbedrijf.

De eigenaar van een drinkwaterbedrijf meldt omstandigheden die, naar hij redelijkerwijze kan weten of vermoeden, gevaar of beletsel kunnen opleveren voor de naleving van bepaalde normen, onmiddellijk aan de inspecteur (of in voorkomende gevallen aan een andere toezichthouder).²⁴⁹ Overtreding van deze meldingsplicht is strafbaar.²⁵⁰

5.7.14 Slotsom

In de drinkwatersector wordt een veelheid aan instrumenten toegepast om zeker te stellen dat de gestelde publieke belangen worden bereikt. De instrumenten worden doorgaans onder volledige politieke verantwoordelijkheid uitgeoefend. Bovendien kan een aantal van de normen (ook) strafrechtelijk worden gehandhaafd, hetgeen aangeeft dat overtreding van deze voorschriften ernstig is.

Er staat een groot aantal zorgplichten in de Drinkwaterwet (waarvan een groot deel ook strafrechtelijk wordt gehandhaafd) die zich richten tot bestuursorganen en tot de drinkwaterbedrijven. Voor laatstgenoemde worden deze zorgplichten uitgewerkt in middelvoorschriften.

Opvallend is dat de tarieven met behulp van verschillende instrumenten worden gereguleerd, hetgeen leidt tot de conclusie dat verschillende partijen nu betrokken zijn bij de vaststelling van de tarieven. Dit kan ertoe leiden dat de verschillende partijen op elkaar gaan wachten met het uitoefenen van bevoegdheden. De vraag rijst bovendien in hoeverre er nog

²⁴⁰ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 468.

²⁴¹ Art. 48 lid 1 Dw.

²⁴² Art. 5:11 Awb.

²⁴³ Art. 5:14 Awb.

²⁴⁴ Art. 5:15 Awb.

²⁴⁵ Artt. 5:16 en 5:17 Awb.

²⁴⁶ Art. 5:18 Awb.

²⁴⁷ Art. 5:20 Awb.

²⁴⁸ Nemo tenetur-beginsel.

²⁴⁹ Art. 49 Dw.

²⁵⁰ Art. 49 j° 55 Dw j° art. 1 sub 1° WED.

ruimte is voor de aandeelhouders om iets te beslissen wanneer het drinkwaterbedrijf de door de Kroon en minister gestelde regels naleeft en daarmee wat de toegevoegde waarde is van het doen vaststellen van de tarieven door de algemene vergadering van aandeelhouders van de drinkwaterbedrijven.

De prestatievergelijking is een nuttig instrument om gegevens inzichtelijk te maken voor het publiek. Er is geen rechtstreeks afrekenmechanisme aan gekoppeld. Bepaalde bepalingen, zoals de drinkwaterkwaliteit kunnen via andere instrumenten van de Drinkwaterwet worden gehandhaafd, zoals bleek. Zo wordt door de minister een verslag inzake de drinkwaterkwaliteit vastgesteld. Als uit de prestatievergelijking blijkt dat aan deze bepalingen niet wordt voldaan, is dus toch sprake van een mogelijkheid tot handhaving. Andere aspecten zoals klantenservice en kostenefficiëntie kunnen niet op grond van de wet worden gehandhaafd en daarom ook niet worden afgedwongen.

De minister moet een verslag maken inzake de kwaliteit van drinkwater. Problematisch is dat hij hiervoor afhankelijk is van de door hem opgevraagde informatie terwijl drinkwaterbedrijven juist een grote kennisvoorsprong hebben ten aanzien van het eigen bedrijf. Daarom zou een verbetering doorgevoerd moeten worden die inhoudt dat drinkwaterbedrijven alle relevante informatie die hun bekend is of zou moeten zijn, moeten verstrekken.

Voorts heeft de minister een aanwijzingsbevoegdheid, kan hij ministeriële regels stellen bij gevaar voor de volksgezondheid, en kan hij alle bepalingen in en op grond van de wet bestuursrechtelijk handhaven (waaronder de leveringsvoorwaarden). Hij kan ook ingrijpen door maatregelen te treffen in buitengewone omstandigheden. Hoewel de term 'maatregelen' vaag is, moet het begrip in ieder geval worden beperkt tot die instrumenten waarmee het doel van de veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening daadwerkelijk wordt gediend. In de jurisprudentie is de verplichting om een nieuw pompstation op te richten onder de Waterleidingwet geacht een redelijke maatregel te zijn. Het begrip maatregel kan naar mijn oordeel zeer ruim worden geïnterpreteerd.

5.8 Conclusies

5.8.1 Inleiding

De levering van drinkwater met een goede kwaliteit is van groot belang voor de volksgezondheid. Van oudsher is er veel overheidsbemoeienis met de drinkwatersector. Consumenten kunnen, vanwege het leidingensysteem en het daaruit volgend natuurlijk monopolie, niet kiezen van wie zij drinkwater betrekken. Vanwege dit natuurlijk (regionaal) monopolie zijn de mogelijkheden om concurrentie te organiseren beperkt. Concurrentie tussen marktsegmenten is feitelijk onmogelijk omdat duplicering van de infrastructuur niet rendabel is. Aan concurrentie op de markt kleven verschillende bezwaren die te maken hebben met capaciteit van het leidingennet en vooral met de kwaliteit van het drinkwater.

In Nederland zijn publieke drinkwaterbedrijven verantwoordelijk voor productie, transport en levering van het drinkwater. Bovendien is ervoor gekozen de drinkwaterbedrijven volledig in overheidshanden te houden. Periodiek wordt een benchmark gehouden om de prestaties van deze publieke bedrijven te beoordelen. Een alternatief hiervoor is te vinden in Engeland, waar de drinkwaterbedrijven private monopolisten zijn en zijn onderworpen aan een systeem van maatstafconcurrentie. Concurrentie om de markt is een andere modaliteit die succesvol kan zijn in de drinkwatersector. In Frankrijk zijn de leidingensystemen in handen van gemeentelijke overheden die de levering uitbesteden aan gespecialiseerde drinkwaterbedrijven door middel van een concessie. Dit is een uitzonderlijk systeem in Europa.

Het is duidelijk geworden dat in Nederland door de wetgever is gekozen voor een systeem waarin de overheid volledig verantwoordelijk is voor het stellen van eisen aan het product drinkwater en het naleven daarvan door zelf het drinkwater te produceren en te leveren. Regels in en gebaseerd op de Drinkwaterwet laten nauwelijks ruimte voor een eigen invulling op het niveau van de drinkwaterbedrijven. De democratische legitimatie van de in de drinkwatersector gehanteerde instrumenten is aanzienlijk. Ten eerste zijn de instrumenten allemaal terug te voeren op de Drinkwaterwet en worden toezicht en handhaving verricht onder volledige politieke verantwoordelijkheid. De rechtsbescherming vanuit het perspectief van de burger tegen de instrumenten die op de Drinkwaterwet zijn terug te voeren, is beperkt. De burger zal in het algemeen niet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende wegens het gebrek aan een individueel belang en daarom geen middel hebben om op te komen tegen deze instrumenten bij de bestuursrechter.

Voor het bereiken van de publieke belangen die de wetgever heeft geïdentificeerd, draagt de minister de politieke verantwoordelijkheid. Zoals hiervoor is gebleken, heeft hij terzake van de verschillende publieke belangen ofwel zelf ofwel via ondergeschikten bevoegdheden om in te grijpen. De operationele verantwoordelijkheid is in de wet bij de eigenaren van drinkwaterbedrijven neergelegd.

Ook in de organisatie heeft de minister een stevige vinger in de pap. Zo bepaalt hij hoe de distributiegebieden worden ingedeeld die aan de drinkwaterbedrijven worden toebedeeld en beslist hij of bepaalde rechtshandelingen verricht mogen worden. Hij kan ter zake bindende aanwijzingen geven indien hij van oordeel is dat het om een verboden rechtshandeling gaat. Op deze manier heeft de minister de mogelijkheid om vergaande controle uit te oefenen over een drinkwaterbedrijf.

5.8.2 EU-recht

Er bestaat discussie over de vraag of de levering van drinkwater zou moeten worden gekwalificeerd als DANEB of als DAEB. Hiervoor bleek dat de Nederlandse regering zich op het standpunt stelt dat het om een DANEB gaat en mitsdien het verdragsrecht niet van toepassing is. Ik heb betoogd dat op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG, de Hoge Raad en de beschikkingspraktijk van de NMa de levering van drinkwater moet worden gekwalificeerd als een DAEB, hetgeen als consequentie heeft dat het VWEU in beginsel van toepassing is. De keuze van de Nederlandse wetgever om te bepalen dat het hier om een DANEB gaat en Nederland daarom vrij is zelf te bepalen hoe zij de sector organiseert is geen goede oplossing en biedt onvoldoende rechtszekerheid op de langere termijn voor de relevante publieke belangen.

Voor wat betreft het mededingingsrecht kan naar mijn mening een geslaagd beroep op artikel 106, tweede lid EG worden gedaan omdat het Hof van Justitie inmiddels een objectieve noodzakelijkheidstest hanteert en niet hoeft te worden bezien of de publieke belangen in kwestie ook met een minder ingrijpend instrument hadden kunnen worden geborgd.

Bij de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal ligt dit moeilijker. Het is sterk de vraag of het privatiseringsverbod dat in de Drinkwaterwet is opgenomen, zal standhouden, gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de gouden aandelen zaken. Er is nog geen uitspraak gedaan in een vergelijkbare zaak, maar het is mijns inziens niet onaannemelijk dat het Hof van Justitie deze beperking van het kapitaalverkeer niet proportioneel acht.

5.8.3 Keuze concurrentiemodaliteit beoordeeld

De concurrentiemodaliteit waarvoor is gekozen door de wetgever is prestatievergelijking tussen publieke ondernemingen. Gebleken is dat concurrentie op de markt en tussen markten op dit moment niet mogelijk respectievelijk niet wenselijk zijn. Er zijn echter wel degelijk reële alternatieven voor het gekozen systeem. Door de regering werden deze destijds zonder veel omhaal afgeschreven. Op de gehanteerde argumenten is hiervoor ingegaan. De modaliteiten concurrentie om de markt en maatstafconcurrentie blijken in andere landen te werken. Berekend is dat op de argumenten die door de regering zijn gehanteerd het een en ander is aan te merken.

De nadelen van concurrentie om de markt die door minister Pronk worden genoemd – natuurlijk monopolie, verlies van kwaliteit, belemmering van de samenwerking in de waterketen, risico van kruissubsidiëring, verminderde bescherming van de gebonden klant en het streven van de bedrijven naar winstmaximalisatie – zijn te ondervangen met verscherpte regulering. In andere sectoren is ook ervaring opgedaan met concurrentie om de markt (zoals in het stads- en streekvervoer). Niettemin bleek concurrentie om de markt problematisch te kunnen zijn. In de Europese private drinkwatersector zijn twee grote drinkwaterbedrijven actief. Als wordt gekozen voor concurrentie om de markt, zal een scheiding moeten worden aangebracht tussen een eigendom en (beheer en) levering. Dit leidt tot een splitsing van een publiek deel (eigendom) en een commercieel deel (beheer en levering). Te verwachten is dat in navolging van de elektriciteitssector overnames van de relatief kleine commerciële delen door de twee grote buitenlandse bedrijven zullen plaatsvinden. Een nadeel hiervan is dat de kennis over de drinkwatervoorziening weglekt naar de private sector.

In Engeland en Wales wordt een systeem van maatstafconcurrentie gehanteerd voor de drinkwatersector. De drinkwaterbedrijven zijn daar geprivatiseerd en aan de beurs genoteerd

in de jaren tachtig van de vorige eeuw. De helft van de bedrijven is inmiddels in handen van beleggingsbedrijven. Minister Pronk was destijds een tegenstander van dit systeem omdat het, ondanks geboekte resultaten, volgens hem niet optimaal werkt. Hij stelde voorts dat de drinkwatervoorziening in publieke handen zou moeten blijven omdat dit de meeste garanties biedt. In het midden werd gelaten welke garanties het publieke aandeelhouderschap dan precies biedt. Het is van belang niet te makkelijk te denken dat als een bedrijf in publieke handen is, de gestelde publieke belangen zonder meer kunnen worden geborgd. Er zijn voorbeelden waaruit blijkt dat sommige publieke aandeelhouders zich voornamelijk richten op het behalen van winsten. Als men garanties verwacht van publiek aandeelhouderschap is het van belang goed na te gaan hoe hieraan invulling wordt gegeven. Een probleem hierbij is ook het versnipperde aandeelhouderschap dat in de drinkwatersector aan de orde is. Uiteindelijk kan wel gezegd worden dat als de bedrijven in publieke handen zijn, op het moment van een crisis- of rampsituatie, in juridische zin makkelijker maatregelen genomen kunnen worden.

Hoewel op de gehanteerde argumenten het een en ander valt af te dingen, zoals is gebleken, moet niettemin worden geconcludeerd dat gelet op de publieke belangen die de wetgever heeft geformuleerd de keuze om de prestatievergelijking verplicht te maken en geen andere concurrentiemodaliteit te introduceren, als positief moet worden beoordeeld. Hiervoor is gebleken dat kwaliteit en leveringszekerheid te allen tijde voorgaan boven efficiëntie volgens de wetgever. Deze prioritering van publieke belangen sluit aan bij de keuze voor een prestatievergelijking waarvan slechts een zwakke prikkel uitgaat naar de bedrijven. De bedrijven zijn zo meer gericht op de prestaties die worden vergeleken, waarvan de kostenefficiëntie slechts een onderdeel vormt, maar die niet de doorslag geeft. Bovendien zijn de bedrijven niet gericht op winst in deze concurrentiemodaliteit.

5.8.4 Instrumenten & publieke belangen

5.8.4.1 Inleiding

Aangezien publieke belangen slechts abstracte begrippen zijn, zal een relatief afstandelijke toetsing moeten plaatsvinden om te beoordelen of met de voorhanden instrumenten de publieke belangen kunnen worden bereikt. Er wordt dan uitgegaan van de invloed die kan worden uitgeoefend met behulp van een instrument en in hoeverre dit instrument kan bijdragen aan het borgen van het betrokken publieke belang. Hierna worden achtereenvolgens de verschillende publieke belangen verbonden met de relevante instrumenten.

Uit het voorgaande is gebleken dat bij de keuzes voor de regulering van de drinkwatersector met name van de volgende publieke belangen is uitgegaan: een hoge kwaliteit, leveringszekerheid en continuïteit van het drinkwater in het belang van de volksgezondheid, een kostenefficiënt functioneren van de drinkwaterbedrijven (ter bescherming van de gebonden consumenten en resulterend in een goede prijs) en een vermindering van milieuverontreiniging.²⁵¹ Kwaliteit en leveringszekerheid staan in de hiërarchie van publieke belangen bovenaan. Er mag geen *trade-off* plaatsvinden met andere publieke belangen, zoals kostenefficiëntie. Hierna wordt besproken of deze publieke belangen met het besproken instrumentarium kunnen worden geborgd.

²⁵¹ Dit laatste publieke belang: vermindering van milieuverontreiniging wordt met name in de Waterwet geregeld. Het voert te ver om daar in het kader van deze studie uitgebreid op in te gaan. Daarom wordt hier de aandacht gericht op de andere publieke belangen.

5.8.4.2 *Kwaliteit*

Er zijn verschillende instrumenten gecreëerd om de kwaliteit van het drinkwater te garanderen. Ten eerste rust op de eigenaren van drinkwaterbedrijven de zorgplicht om drinkwater van een goede kwaliteit te leveren (en ervoor te zorgen dat het leidingennet veilig is). Overtreding van deze zorgplicht is een economisch delict. Dit heeft tot gevolg dat deze zorgplicht zowel straf- als bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. Een probleem dat hiervoor is gesignaleerd, is de keuze voor de normadressaat: eigenaren van drinkwaterbedrijven. Bij lezing van de toelichting rijst enige onduidelijkheid over de vraag wie nu deze eigenaren zijn van drinkwaterbedrijven: de aandeelhouders of de rechtspersonen. Uiteindelijk moet worden geconcludeerd dat de rechtspersonen en daarmee de besturen de normadressaten zijn.

In de prestatievergelijking wordt de geleverde kwaliteit van drinkwater vergeleken. Er is echter geen sprake van een 'afrekenmechanisme' als blijkt dat een drinkwaterbedrijf slechter presteert dan de anderen. Dit betekent dat een drinkwaterbedrijf niet rechtstreeks gesanctioneerd wordt bij slecht of ondermaats presteren. Van de vergelijking gaat een prikkel uit omdat de informatie openbaar wordt. Op zichzelf kan de vergelijking de kwaliteit van drinkwater niet garanderen.

De minister stelt jaarlijks een verslag op inzake de kwaliteit van het drinkwater in Nederland. De drinkwaterbedrijven zijn gehouden de minister de door hem noodzakelijk geachte informatie te verschaffen. Het onthouden van informatie aan de minister is een economisch delict en kan derhalve zowel straf- als bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Problematisch aan deze bepaling kan zijn dat de drinkwaterbedrijven zelf in een betere positie zijn om te beoordelen welke informatie precies relevant is vanwege hun kennis van drinkwater in het algemeen en vanwege hun kennis op het gebied van de toestand van het drinkwater en het leidingennetwerk in de afgelopen tijd. Het verdient daarom mijns inziens aanbeveling op te nemen dat de drinkwaterbedrijven gehouden zijn om alle relevante informatie te verschaffen.

Als een onverwijldde voorziening ter bescherming van de volksgezondheid noodzakelijk is, kan de minister ter voorkoming of beperking van ernstig gevaar bepaalde regels vaststellen. Het gaat hier om in de wet omschreven regels die normaal gesproken bij algemene maatregel van bestuur moeten worden vastgesteld en die beogen de kwaliteit van drinkwater te beschermen. Overtreding van deze regels kan zowel straf- als bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.

Daarnaast kan de minister als zich buitengewone omstandigheden voordoen, regels stellen of maatregelen treffen die hij redelijkerwijs noodzakelijk acht om de openbare drinkwatervoorziening veilig te stellen. Dit betreft een ruime bevoegdheid van de minister. Met name het begrip maatregelen is vaag en het is niet op voorhand duidelijk welke bevoegdheden op grond van deze bepaling kunnen worden uitgeoefend. In een voorkomend geval kan dit problemen opleveren wegens strijd met het legaliteitsbeginsel. In het bijzonder is van belang dat alleen maatregelen die dienen om de openbare drinkwatervoorziening veilig te stellen op dit artikel gebaseerd kunnen worden. Opmerkelijk is dat de overtreding van deze regels en maatregelen geen economisch delict vormt. Er is daarom uitsluitend bestuursrechtelijke handhaving voorhanden. Het is de vraag of dit wenselijk is, gelet op de uitzonderlijke omstandigheden.

Als de inspecteur van oordeel is dat de levering van drinkwater gevaar voor de volksgezondheid kan opleveren, kan hij de levering verbieden of aan beperkingen en voorwaarden verbinden.

Concluderend moet worden opgemerkt dat er verschillende bevoegdheden zijn om in te grijpen als het gaat om de kwaliteit van het drinkwater. Een belangrijke bevoegdheid om in te grijpen is de handhaving van de zorgplichtbepaling. Het verslag dat de minister maakt, heeft kwetsbaarheden daar hij moet bepalen welke informatie hij daarvoor nodig heeft. Hoewel er veel bevoegdheden zijn om een goede drinkwaterkwaliteit te borgen in de normale dagelijkse situatie – en op het eerste gezicht het idee kan ontstaan dat de kwaliteit met een teveel aan instrumenten wordt geborgd – moet worden geconcludeerd dat bij één van de instrumenten, het verslag, kanttekeningen kunnen worden geplaatst. Voorts kan worden geconcludeerd dat in geval van een noodsituatie is voorzien in bevoegdheden om in te grijpen. De vage formulering van de wet geeft weliswaar aanleiding tot juridische vragen op dit punt, maar er zijn wel mogelijkheden om in te grijpen.

5.8.4.3 *Leveringszekerheid & continuïteit*

De zorgplicht die is gericht tot eigenaren van drinkwaterbedrijven houdt tevens in de zorg voor de leveringszekerheid van drinkwater.

De eigenaar van een drinkwaterbedrijf stelt een leveringsplan op dat moet worden goedgekeurd door de inspecteur. De inhoud van het leveringsplan is gericht op de leveringszekerheid, de dekking van de toekomstige behoefte van drinkwater en de levering van nooddrinkwater en noodwater. Bovendien moeten nadere eisen worden gesteld ten aanzien van deze onderwerpen. Hiervoor bleek dat de goedkeuring geen voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van het leveringsplan.²⁵² Dit betekent dat bij het achterwege blijven van goedkeuring handavingsmaatregelen nodig (kunnen) zijn om te bereiken dat het plan alsnog aan de eisen voldoet. Met behulp van dit instrument kan de leveringszekerheid worden geborgd.

5.8.4.4 *Kostenefficiëntie, redelijke prijzen*

De prestatievergelijking is erop gericht de doelmatigheid van de drinkwatervoorziening te bevorderen uit het oogpunt van de bescherming van de gebonden klanten. Door de openbaarmaking van deze vergelijking worden prestaties van drinkwaterbedrijven met elkaar vergeleken. Aan deze vergelijking is geen juridisch afrekenmechanisme verbonden. Een gevolg van de bekendmaking van de gegevens kan wel zijn dat de Tweede Kamer de minister van VROM ter verantwoording roept en eist dat hij voor een oplossing zorgt of nieuwe wetgeving creëert.

5.8.5 Terugkerend voorbeeld: tarieven

Toch heeft de wetgever niet voldoende vertrouwen in de prestatievergelijking om de tarieven verder ongereguleerd te laten, zoals onder de Waterleidingwet het geval was. Nu heeft de minister de bevoegdheid om een tariefstructuur vast te stellen en is het recht om het tarief vast te stellen de exclusieve bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering van de drinkwaterbedrijven. Hier is sprake van een inzet van teveel instrumenten om hetzelfde te reguleren. Men kan zich afvragen, wat nu precies de rol zou moeten zijn van de publieke aandeelhouders en in hoeverre zij een actieve bijdrage leveren aan het bereiken van publieke belangen in de drinkwatersector. Nergens wordt expliciet gemaakt wat van hen precies wordt verwacht. Ik

²⁵² Kamerstukken II 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 57.

ben van oordeel dat de waarde van het publiek aandeelhouderschap is gelegen in het in collectieve handen houden van de openbare drinkwatervoorziening, maar dat de garanties die worden verwacht van het publiek aandeelhouderschap niet moeten worden overschat. De bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om de tarieven vast te stellen is in dit systeem overbodig.

5.8.6 Slotsom

In het voorgaande is duidelijk geworden dat in de drinkwatersector door de politiek de publieke belangen: kwaliteit in verband met de volksgezondheid en leveringszekerheid belangrijker worden geacht dan efficiëntie. Daarbij komt het gegeven dat voor consumenten geen reëel alternatief voorhanden is en zij derhalve afhankelijk zijn van de regionale monopolist. In economische termen zijn zij gebonden consumenten. Het is dan ook begrijpelijk dat op nationaal niveau niet is gekozen voor liberalisering van deze sector en voor een instrumentarium waarmee veel grip op de drinkwatersector kan worden uitgeoefend.

De wetgever heeft uiteindelijk veel instrumenten gecreëerd om de drinkwatersector te reguleren. Zo vindt de regulering van de tarieven plaats met teveel instrumenten en blijft in het midden wat de actieve bijdrage van de overheidsaandeelhouders dan zou moeten inhouden.

Om terug te komen op de in de inleiding aangehaalde uitspraak van Aristoteles: deze is nog altijd actueel. Als het bestuur moet worden beoordeeld naar de wijze waarop het zorgdraagt voor de openbare drinkwatervoorziening, moet worden geconcludeerd dat wij een voorzichtig bestuur hebben dat zich zeer verantwoordelijk voelt voor het drinkwater.

6. ELEKTRICITEIT

6.1 Inleiding

6.1.1 Achtergrond

In dit hoofdstuk wordt de elektriciteitssector besproken.¹ Het maatschappelijk belang van de sector is zeer groot. Zo kan een stroomstoring een ingrijpende invloed hebben op ons dagelijks leven en aanzienlijke economische schade aanrichten. Het functioneren van andere sectoren, zoals de drinkwatervoorziening, telecommunicatie en openbaar vervoer is bovendien in hoge mate afhankelijk van elektriciteit. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de waarborgen die gelden in van elektriciteit afhankelijke sectoren ook in de elektriciteitssector zouden moeten gelden.

Op 14 augustus 2003 was er een grote stroomuitval in het noordoosten en middenwesten van de Verenigde Staten. In New York reden geen bussen, treinen en metro's, waardoor een grote verkeerschaos ontstond. Veel mensen moesten buiten op straat overnachten omdat ze niet thuis konden komen. Bovendien zaten er mensen vast in de metro en in liften en werkten de airconditioners niet meer terwijl de temperatuur 32 graden Celsius bedroeg. In totaal werden in Canada en de VS zo'n 50 miljoen mensen getroffen door de stroomuitval. Er was sprake van een enorme schade.

De spil van de elektriciteitssector is het netwerk van elektriciteitsleidingen. Dit netwerkgebonden karakter maakt de sector tot een 'natuurlijk monopolie'.² De eigenaar van het netwerk is monopolist en het feit dat dit hem een machtspositie geeft op de elektriciteitsmarkt vormt de rechtvaardiging van het aan banden leggen door de overheid van de eigenaar van het netwerk, de netbeheerder. Al sinds korte tijd na het ontstaan van de sector werd deze onder volledige overheidsinvloed gebracht. De elektriciteitssector is inmiddels onder invloed van EU-recht geliberaliseerd. Op dit moment kunnen alle Nederlandse consumenten zelf kiezen van welke leverancier zij elektriciteit betrekken. Op dit moment is in de elektriciteitssector bovendien een privatisering gaande.

De aandelen in Nederlandse energiebedrijven zijn op dit moment (nog) gedeeltelijk in handen van provincies en gemeenten. Ook dit (deels) publieke karakter van deze bedrijven geeft aanleiding tot een grote betrokkenheid van de politiek en daarmee de burger bij het reilen en zeilen van de energiesector. Zo was het beleid van zowel Essent als Nuon in het voorjaar van 2005 onderwerp van maatschappelijk debat in verband met de enorme bonussen en salarissen die uitgedeeld werden aan de top van de energiebedrijven.³ Op deze situatie zal in dit hoofdstuk een aantal keren worden teruggegrepen om te illustreren in hoeverre de overheid al dan niet nog invloed kan uitoefenen op de gang van zaken in de sector, waaronder bijvoorbeeld de beloning van de bestuursvoorzitters.

¹ Een belangrijk deel van de regels die gelden voor elektriciteit gelden ook voor gas. De grote energiebedrijven in Nederland leveren van oudsher zowel gas als elektriciteit, zij zijn horizontaal geïntegreerd en worden in dit hoofdstuk aangeduid als energiebedrijven. Hoewel veel regulering voor gas en elektriciteit hetzelfde is, wordt regulering voor gas hier niet besproken.

² Zie paragraaf 3.3.3.3.

³ 'Onrust over hoog salaris Nuonbaas. Sprong van 42% naar 815 duizend', *De Volkskrant* 24 maart 2005, en 'Topman van Essent krijgt hoog salaris "Verhoudingen zijn zoek"', *NRC Handelsblad* 5 april 2005.

6.1.2 Probleemstelling

De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is in hoeverre de beschikbare instrumenten in de elektriciteitssector de nationale overheid (wetgever en openbaar bestuur) in staat stellen om in te grijpen om publieke belangen te borgen binnen de grenzen van het EU-recht.

De buitengrens van deze vraagstelling wordt, zoals uit de voorgaande vraag blijkt, gevormd door het EU-recht. De keuzevrijheid van de nationale wetgever wordt hierdoor beperkt; daarom is het van belang het EU-recht dat toepasselijk is op de elektriciteitssector in kaart te brengen en te analyseren welke beperkingen dit oplevert voor de nationale wetgever.

Verder is een belangrijk gegeven voor de vraagstelling welke publieke belangen voor de sector zijn vastgesteld. Alleen als en voor zover duidelijk is welke publieke belangen de wetgever voor ogen had bij het maken van de keuzes, kan worden beoordeeld in hoeverre ten aanzien van deze publieke belangen kan worden ingegrepen.

Er wordt vervolgens geanalyseerd welke concurrentievormen reëel zijn, gelet op de kenmerken van de sector en op de grenzen die het EU-recht stelt. Hierbij komt aan de orde voor welke concurrentiemodaliteit in de sector is gekozen en door wie (nationale of Europese wetgever). De concurrentiemodaliteit is van belang voor de beoordeling van de instrumenten. Bij verschillende concurrentiemodaliteiten past immers een inzet van verschillende instrumenten en een inzet van instrumenten op een verschillende wijze.

Daarnaast is het van belang welke partijen een rol spelen bij het inzetten van de instrumenten. Uit de beschrijving van de partijen kan immers worden afgeleid, in hoeverre de markt (samenleving) en in hoeverre de overheid in de sector verantwoordelijk wordt gehouden voor het borgen van publieke belangen. Vervolgens wordt gezien welke instrumenten kunnen worden ingezet en door wie. Hierbij wordt beoordeeld of de instrumenten geschikt zijn voor de gekozen concurrentiemodaliteit.

Concluderend wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de overheid, gelet op grenzen die het EU-recht stelt, de concurrentiemodaliteit, de verantwoordelijkheidsverdeling en de beschikbare instrumenten, in staat is om in te grijpen om de publieke belangen te borgen.

Om de – soms wat abstracte – materie te illustreren wordt een praktisch probleem in de sectoren als terugkerend voorbeeld door alle sectorhoofdstukken heen geweven. Gekozen is voor de mogelijkheid om het publieke belang van het hanteren van aanvaardbare tarieven centraal te stellen. In elke nutssector zal een redelijk tarief van de nutsdiensten een belangrijk publiek belang blijken te zijn. Hierbij is het geen gegeven dat lage tarieven een publiek belang zijn, maar dat sprake is van een goede prijs-kwaliteitverhouding. Hierbij moeten ook de belangen voor de langere termijn worden meegenomen, zoals bijvoorbeeld voldoende investeringen in het netwerk. Door voor dit voorbeeld te kiezen in de sectorhoofdstukken, wordt niet alleen duidelijk hoe in de verschillende sectoren tarieven worden gereguleerd, maar kan dit ook met elkaar worden vergeleken om te zien in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de instrumenten waarmee tarieven worden gereguleerd en om te zien in hoeverre de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hierop invloed kunnen uitoefenen.

Dit voorbeeld is het niet geheel denkbeeldige geval dat een elektriciteitsleverancier excessieve tarieven hanteert. Het publiek belang van redelijke tarieven in de elektriciteitssector wordt daarmee teniet gedaan. De vraag is daarom: op welke manier(en) kan worden ingegrepen om het publieke belang toch te borgen?

6.1.3 Opzet

Hierna volgt allereerst een overzicht van de geschiedenis van de Nederlandse elektriciteitssector (6.2). Daarna wordt het sectorspecifieke EU-rechtelijke kader geschetst (6.3), waarna wordt ingegaan op de publieke belangen die door de wetgever zijn vastgesteld (6.4). Vervolgens komen de economische kenmerken van de elektriciteitssector en de mogelijke concurrentiemodaliteiten aan de orde (6.5). Daarna wordt ingegaan op de actoren die een rol spelen (6.6), de instrumenten die zij tot hun beschikking hebben en de normen waaraan zij zich hebben te houden bij het inzetten van deze instrumenten (6.7). Het hoofdstuk wordt afgesloten met de beantwoording van de centrale vraag (6.8).

6.2 Geschiedenis

6.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de geschiedenis van de Nederlandse elektriciteitssector geschetst om inzicht te verschaffen in de achtergrond van de sector, die mede verband houdt met huidige keuzes van de wetgever voor bepaalde instrumenten. Tevens wordt gezien in hoeverre een pendelbeweging is te ontwaren in de geschiedenis van deze sector, die heen en weer gaat tussen markt en overheid aan de hand waarvan kan worden bepaald wie verantwoordelijk is geweest voor het borgen van publieke belangen. Eerst wordt ingegaan op het ontstaan van de sector door particulier initiatief. Vervolgens wordt ingegaan op de liberalisering, waarna wordt afgesloten met een slotsom waarin antwoord wordt gegeven op de vraag wie door de jaren heen verantwoordelijk was voor de elektriciteitsvoorziening.

6.2.2 Ontstaan

De elektriciteitssector ontstond aan het einde van de 19^e eeuw door particulier initiatief.⁴ In de Verenigde Staten, de bakermat van de elektriciteit, werd de eerste centrale in 1882 opgericht. Kort daarop, in 1884, werd in Rotterdam de eerste Nederlandse elektriciteitscentrale opgericht. Aan het begin van de 20^e eeuw trokken de gemeenten de zorg voor de voorziening naar zich toe. De elektriciteitsvoorziening kwam het eerst in de dichtbevolkte steden; later werden ook de buitenstedelijke gebieden voorzien. Omdat dit een relatief kostbare aangelegenheid was, namen de provincies de taak op zich om die gebieden te voorzien. Later werd ook de productie van elektriciteit een provinciale taak. Elke gemeente had zijn eigen distributiebedrijf en daardoor was de elektriciteitsindustrie zeer versnipperd. De wethouder was verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van dit bedrijf en stelde de tarieven vast. Na verloop van tijd werden productiebedrijven groter van omvang en bestreken vaak de hele provincie.

Omdat de centrale overheid zich nauwelijks bemoeide met de elektriciteitsindustrie, waren er lange tijd weinig algemene regels op de inrichting van deze sector van toepassing. De eerste wet die dergelijke regels stelde, was de Elektriciteitswet van 1989. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet was jarenlang gediscussieerd. In die tijd zijn er, vooruitlopend op de inwerkingtreding van deze wet, allerlei reorganisaties in de elektriciteitssector doorgevoerd. Zo werden de productie en de distributie van elektriciteit van elkaar gescheiden. Verder vond schaalvergroting plaats omdat veel distributiebedrijven fuseerden, hetgeen door de rijksoverheid werd gestimuleerd. Grote ondernemingen zouden efficiënter werken.

Toen in 1989 de Elektriciteitswet van kracht werd, waren er vier vergunninghoudende grootschalige productiebedrijven, die samen verenigd waren in de N.V. Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven (Sep). De wet was gebaseerd op een centrale planning van de elektriciteitsvoorziening. Sep was verantwoordelijk voor het opstellen van een elektriciteitsplan waarin de vraag en het aanbod voor de komende 20 jaar werden beschreven. De Minister van Economische Zaken (hierna: 'de Minister') moest het plan goedkeuren. Daarnaast waren concurrentieprikkels in deze wet opgenomen. De distributiebedrijven mochten bij iedere producent elektriciteit kopen in plaats van alleen bij de producent in de eigen regio, zoals daarvoor. Van deze mogelijkheid is echter nooit gebruik gemaakt.⁵ Bovendien mocht

⁴ Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Huygen 2004, p. 9-16.

⁵ Huygen 1995, p. 49.

iedereen warmtekrachtcentrales⁶ bouwen, van welke mogelijkheid veel gebruik werd gemaakt.

Onder de Elektriciteitswet van 1989 was er één tarief voor zowel de levering als het transport van elektriciteit. De kosten van de vier producenten die samenwerkten in de Sep werden bij elkaar genomen, inclusief de kosten verbonden aan importen en de kosten van het landelijk hoogspanningsnet en vervolgens in rekening gebracht bij de regionale distributiebedrijven. De distributiebedrijven wentelden deze kosten weer af op de eindafnemer.

6.2.3 Liberalisering

Hoewel tientallen jaren over de Elektriciteitswet van 1989 was gedebatteerd, zou hij maar 10 jaar in werking zijn. Op het moment dat de wet werd ingevoerd, was hij alweer achterhaald. Binnen Europa was inmiddels duidelijk dat er concurrentie zou moeten komen in de productie en de handel van elektriciteit. De Commissie voerde een inbreukprocedure tegen Nederland, Italië en Frankrijk vanwege de exclusieve rechten voor in- en export van energie. Het Hof was van oordeel dat de betrokken exclusieve rechten een inbreuk vormden op artikel 31 VWEU (verbod van commerciële monopolies). Het besloot echter dat de Commissie onvoldoende had aangetoond dat de rechtvaardigingen onder artikel 106, tweede lid, die door de lidstaten waren aangevoerd, niet valide waren.⁷ De Commissie besloot toen haar doel op een andere manier te bereiken en dit leidde zo tot de eerste harmonisatierichtlijn voor elektriciteit (hierna: 'Elektriciteitsrichtlijn (oud)').⁸ In de Elektriciteitswet van 1998 werd deze richtlijn uitgevoerd. Belangrijke onderdelen van deze eerste richtlijn zijn overgenomen in de tweede richtlijn, die hierna wordt besproken. Deze onderdelen zijn dan ook nog steeds geldend recht maar zijn nu opgenomen in de tweede richtlijn. De tweede richtlijn houdt ten opzichte van de eerste een aanscherping en een verdergaande liberalisering in.

De eerste richtlijn regelde de productie, het transport en de distributie van elektriciteit met het doel daarvoor geleidelijk een vrije Europese interne markt tot stand te brengen. Er werd nog geen volledige harmonisatie tussen de lidstaten beoogd. De bedoeling was wel dat een vrije markt zou ontstaan voor de productie van elektriciteit. Ingevolge de richtlijn moesten verder netbeheerders worden aangesteld die verantwoordelijk waren voor de exploitatie, het onderhoud en de ontwikkeling van transport- en distributienetten.⁹ Elektriciteitsbedrijven werden verplicht een gescheiden boekhouding voor productie, transport, distributie en eventuele andere activiteiten aan te houden.¹⁰ Voor de organisatie van de toegang tot het elektriciteitsnet konden de lidstaten kiezen tussen twee modaliteiten.¹¹ Ten eerste voor een systeem van toegang via onderhandeling met de netbeheerders ('*negotiated third party access*')¹² en ten tweede voor het systeem van de exclusieve koper ('*single buyer*').¹³ Bovendien was er nog een variant op het systeem van toegang via onderhandeling mogelijk, te weten het sys-

⁶ Dit zijn elektriciteitsopwekkers waarvan de restwarmte ook wordt gebruikt. Bijvoorbeeld een verbrandingsmotor die een dynamo aandrijft waarbij de restwarmte in het koelwater en uitlaatgassen wordt gebruikt om een kas te verwarmen.

⁷ Zie onder meer HvJEG 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Jur.* 1997, p. I-5699 (*Commissie/Nederland*).

⁸ Richtlijn 1996/92/EG betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt van elektriciteit (*Elektriciteitsrichtlijn (oud)*).

⁹ Art. 7 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹⁰ Art. 14 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹¹ Art. 16 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹² Art. 17 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹³ Art. 18 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

teem van de gereguleerde nettoegang ('*regulated third party access*').¹⁴ De richtlijn verplichtte verder tot instelling of aanwijzing van een autoriteit, die onafhankelijk is van de partijen, die geschillen beslecht over onderhandelingen of overeenkomsten met betrekking tot de toegang tot het net of de aankoop van elektriciteit.¹⁵ In de richtlijn werd gekozen voor een gedeeltelijke en stapsgewijze openstelling van de elektriciteitsmarkt. Zo moest in 1999 26% van de afnemers van elektriciteit vrij zijn om een leverancier te kiezen, in 2000 28% en in 2003 33%.¹⁶

Hoewel deze richtlijn de lidstaten keuzevrijheid gaf bij het kiezen van bepaalde instrumenten, volgden ingrijpende veranderingen in de nationale energiesectoren. Ten eerste leidde het tot de graduele afschaffing van de staatsmonopolies om concurrentie op de consumentenmarkt tot stand te brengen en ten tweede tot het openen van het netwerk voor andere energiebedrijven.

In de Elektriciteitswet van 1998,¹⁷ die op dit moment nog steeds van kracht is, werd de richtlijn als volgt uitgevoerd. Ten eerste koos de wetgever ervoor om geen specifieke beperkingen te stellen aan de productie van elektriciteit. Er werd een ambtelijke dienst, de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet (hierna: DTe), opgericht om toe te zien op de uitvoering van de wet.¹⁸ De wet stelde de eis, en ging daarmee een stapje verder dan de richtlijn, dat zowel voor distributie- als voor transmissienetwerken een onafhankelijke netbeheerder werd aangewezen en dat de netwerken juridisch gescheiden moesten zijn van de producenten en leveranciers van elektriciteit. Ter uitvoering van deze plicht zijn per 1 oktober 1998 de economische eigendom, alsmede het beheer van het landelijk hoogspanningsnet door de Sep ondergebracht in de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet, TenneT N.V. (TenneT). De distributienetbeheerders werden ondergebracht in aparte rechtspersonen maar behoorden nog wel tot een holding waar andere onderdelen van het energiebedrijf ook toe behoorden.

De tariefbepalingen in deze wet maken een onderscheid tussen nettarieven en leveringstarieven en tussen vrije tarieven en gereguleerde tarieven. Daarbij zijn de nettarieven opgebouwd uit de aansluittarieven, de transporttarieven en de tarieven van de ten behoeve van TenneT door de regionale netbeheerders te innen tarieven voor de door TenneT verleende systeemdiensten voor het handhaven van de energiebalans. Onderdeel van de methode op basis waarvan de gereguleerde tarieven door de directeur DTe worden bepaald, is de zogenaamde doelmatigheidskorting (ook wel: efficiëntiekorting of x-factor).

Verder koos men in de regulering van de toegang tot het elektriciteitsnet voor de gereguleerde nettoegang.¹⁹ Dit is overigens nog steeds geldend recht. Dit houdt in dat een netbeheerder verplicht is degene die daarom verzoekt te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde net en verplicht is op verzoek elektriciteit te transporteren en dat de transporttarieven door de overheid werden vastgesteld. Voor de levering aan beschermde afnemers werd een leveringsvergunning verplicht gesteld (ook deze plicht geldt nog).²⁰ De tarieven voor de levering aan niet beschermde afnemers, grootverbruikers, zijn sinds deze wet vrij. De (maximum)tarieven die een vergunninghouder in rekening mocht brengen voor de levering van 'grijze' elektriciteit aan beschermde afnemers werd jaarlijks vastgesteld door de Minister

¹⁴ Art. 17 lid 4 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹⁵ Art. 20 lid 3 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹⁶ Art. 19 Elektriciteitsrichtlijn (oud).

¹⁷ *Stb.* 1998, 427, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2006, 593.

¹⁸ Art. 5 E-wet (oud).

¹⁹ Art. 25 E-wet (oud).

²⁰ Art. 95 E-wet (oud).

op basis van de $cpi \cdot x$ formule. In die formule staat cpi voor de consumentenprijsindex en de ' x ' voor de doelmatigheidskorting voor de inkoop van elektriciteit en handel in elektriciteit.

In 2000 kwam de Overgangswet elektriciteitsproductiesector tot stand, waarin overgangsmaatregelen werden getroffen voor langlopende contracten van Sep in de elektriciteitssector die in een geliberaliseerde markt tot problemen leidden, ook wel aangeduid als de 'bakstenenproblematiek'.²¹ Tevens werd in deze wet geregeld dat TenneT, de landelijk elektriciteitsnetbeheerder, volledig in handen van de Staat zou komen. Tot dat moment was TenneT in handen van Sep.

In 2003 kwam een nieuwe Elektriciteitsrichtlijn (hierna: 'Elektriciteitsrichtlijn')²² tot stand, die de eerste richtlijn verving en een stap verder zette om een vrije interne Europese elektriciteitsmarkt te bereiken. Zoals eerder opgemerkt houdt deze richtlijn met name een aanscherping van de eerste elektriciteitsrichtlijn in en verplicht deze tot een verdergaande liberalisering.

Voor de productie regelt deze richtlijn dat alleen het vergunningsstelsel in stand blijft voor zover het gaat om de bouw van nieuwe productiecapaciteit.²³ Het is mogelijk om nieuwe productiecapaciteit aan te besteden, indien dit naar het oordeel van de overheid nodig is in verband met de voorzieningszekerheid of milieubescherming.²⁴ Zoals hiervoor beschreven, is het in Nederland niet nodig om een specifieke vergunning te hebben om elektriciteit te winnen.²⁵ Daarnaast bepaalt deze richtlijn dat er niet langer slechts een boekhoudkundige scheiding tussen netbeheerder, leverancier en producent moet zijn, maar ook een juridische scheiding, alsmede een scheiding van organisatie en besluitvorming tussen de netbeheerder en de andere bedrijfsonderdelen.²⁶ Verder moest de markt per 1 juli 2004 voor alle niet-huishoudens zijn opengesteld²⁷ en per 1 juli 2007 ook voor alle huishoudens.²⁸

Op 26 juni 2003 hebben het Europees Parlement en de Europese Raad bovendien een verordening aangenomen die de voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende elektriciteitshandel bevat.²⁹ Het primaire doel van deze verordening is stimulering van de aanleg van nieuwe elektriciteitsinterconnectoren, uitbreiding van capaciteit op bestaande interconnectoren en optimale benutting van capaciteit. Hiertoe zijn bepalingen met betrekking tot tarifiering, congestiebeheer en een vergoedingsmechanisme voor transmissienetbeheerders opgenomen. Deze vergoedingen worden gefinancierd door bijdragen van de transmissienetbeheerders die de doorvoerstromen veroorzaken. Tot slot is de mogelijkheid opgenomen om (onder strikte voorwaarden) interconnectoren vrij te stellen van de verplichting om derden toegang te verschaffen. Deze verplichting is opgenomen in de nieuwe elektriciteitsrichtlijn. De vrijstelling hiervan is ingevoerd met de bedoeling marktpartijen ondanks de aanzienlijke investeringen toch te stimuleren om nieuwe interconnectoren aan te leggen. De

²¹ Stb. 2000, 607

²² Richtlijn 2003/54 EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92 EG (*Elektriciteitsrichtlijn*).

²³ Art. 6 Elektriciteitsrichtlijn.

²⁴ Art. 7 Elektriciteitsrichtlijn.

²⁵ Uiteraard heeft men wel van provincie of gemeente allerlei vergunningen nodig voor het bouwen van een elektriciteitscentrale, er is echter geen specifieke vergunning vereist om elektriciteit te winnen.

²⁶ Art. 10 Elektriciteitsrichtlijn.

²⁷ Art. 21 lid 1 sub b Elektriciteitsrichtlijn.

²⁸ Art. 21 lid 1 sub c Elektriciteitsrichtlijn.

²⁹ Pb L 176/1, 15 juli 2003, nr. 1228/2003, Verordening van het Europees Parlement van de Raad van 26 juni 2003 betreffende voorwaarden voor toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit (*Elektriciteitsverordening*).

verordening is erop gericht de Europese interne elektriciteitsmarkt te stimuleren. Deze casusstudie is primair gericht op de interne situatie in Nederland. Om deze reden zal op de internationale aspecten van de sector niet diep worden ingegaan.

Per 1 juli 2004 is naar aanleiding van deze laatste richtlijn de Elektriciteitswet 1998 gewijzigd door de Implementatie en Interventiewet ('I&I-wet').³⁰ In deze wet werd bepaald dat in Nederland alle huishoudens al op 1 juli 2004 in staat zouden zijn om zelf hun energieleverancier te kiezen. Hiermee zet Nederland derhalve al een stap die door de Elektriciteitsrichtlijn pas op 1 juli 2007 was vereist. De I&I-wet voert daarnaast op grond van de richtlijn de mogelijkheid in voor de Minister om extra productiecapaciteit aan te besteden, als naar zijn oordeel te weinig installaties worden gebouwd om de leverings- en voorzieningszekerheid te waarborgen. Aan de leveringsvergunning aan beschermde afnemers, te weten kleinverbruikers, zijn extra verplichtingen verbonden.³¹

Minister Brinkhorst van Economische Zaken (kabinet Balkenende II) was destijds van mening dat een verdergaande onafhankelijkheid van netbeheerders geboden is. Hij heeft daarom in augustus 2005 een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden waarin een volledige eigendomssplitsing van energiebedrijven wordt voorgesteld. Dit houdt in dat aandeelhouders in een netbeheerder niet tevens aandeelhouders van een producent of leverancier mogen zijn. Dit verbod zal niet gelden voor de huidige aandeelhouders, de provincies en gemeenten. Het uitgangspunt van Brinkhorst is hierbij naar eigen zeggen expliciet wat uiteindelijk het beste resultaat oplevert voor de afnemer.³² Dit wetsvoorstel is na enige omzwervingen aangenomen. De energiebedrijven moeten voor 1 januari 2011 gesplitst zijn.

Medio 2009 is het 'derde pakket' wetgevingsvoorstellen aangenomen om de efficiëntie van onder meer de elektriciteitsmarkt te bevorderen. Dit derde pakket bevat een wijziging van de hiervoor besproken Elektriciteitsrichtlijn.³³ Op grond hiervan is een zekere eigendomssplitsing voorgeschreven. Dit voorschrift wijkt af van de door Nederland doorgevoerde splitsing. Zo heeft de splitsing in het derde pakket alleen betrekking op de landelijke netbeheerders en niet op de regionale netbeheerders.

6.2.4 Slotsom

In de elektriciteitssector is een duidelijke pendelbeweging tussen markt en overheid te onderscheiden. De sector ontstond aanvankelijk door particulier initiatief. Aanvankelijk lag de verantwoordelijkheid voor de elektriciteitsvoorziening daarom bij de markt. Vanwege het belang van de voorziening van elektriciteit trok de overheid dit echter steeds meer naar zich toe. Dit gebeurde eerst op regionaal niveau en later ook op centraal niveau in de vorm van de Sep. In die tijd was de overheid derhalve volledig verantwoordelijk voor de elektriciteitsvoorziening. Sinds midden jaren negentig is het tij echter gekeerd op grond van Europees initiatief. De elektriciteitsmarkt is gefaseerd opengesteld. Eerst mochten alleen grootverbruikers hun eigen elektriciteitsleverancier kiezen, vervolgens ook de zakelijke markt en uiteindelijk ook de kleinverbruikers. De overheid trekt zich langzaam maar zeker steeds meer terug in een toezichthoudende functie. Als gevolg van de splitsing van energiebedrijven doet de mogelijkheid

³⁰ Stb. 2004, 328.

³¹ Op grond van art. 95d van de E-wet en het Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers, Stb. 2003, 207.

³² Kamerstukken II 2003/04, 28 982, nr. 18, p. 6 en Kamerstukken II 2004/05, 28 982, nr. 29, p. 2.

³³ Richtlijn 2009/72 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54 EG.

zich voor om productie van, handel in en levering van elektriciteit te privatiseren. Het is (vooral nog) de bedoeling dat het transport van elektriciteit in publieke handen blijft. Met de privatisering wordt een belangrijk deel van de elektriciteitsvoorziening weer in handen van particulieren gebracht en dus in handen van de markt. De pendel slingert derhalve weer voor een gedeelte terug naar de markt. Voor het netbeheer blijft de pendel nu juist in de richting van de overheid zwaaien. Het beheer van de netten blijft in overheidshanden en wordt bovendien langzaam maar zeker steeds meer gecentraliseerd en bij de staat ondergebracht.

6.3 EU-recht

6.3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is het EU-recht ten aanzien van nutssectoren in het algemeen geschetst.³⁴ Hier worden de belangrijkste specifieke regels voor de elektriciteitssector besproken en de vraag beantwoord waar de nationale wetgever de grenzen van het EU-recht ontmoet bij het reguleren van de elektriciteitssector. Voor zover mogelijk is deze vraag gericht op de interne situatie in Nederland. Er zal slechts kort worden ingegaan op grensoverschrijdende elektriciteitshandel.

Zoals in het voorgaande is gebleken, zijn er belangrijke EG-regels die van toepassing zijn op de elektriciteitssector de elektriciteitsrichtlijn en de Verordening inzake grensoverschrijdende handel in elektriciteit. Er is geen sectorspecifiek recht opgenomen in het VWEU ten aanzien van de elektriciteitssector.³⁵ De toepassing van het VWEU is ook in sectorspecifieke regelgeving niet uitgezonderd voor deze sector.³⁶ Daarom is voor onderwerpen die in de sectorspecifieke wetgeving niet is geregeld het primaire EU-recht relevant. Hierna wordt eerst ingegaan op de gevolgen van de sectorspecifieke wetgeving voor de nationale wetgever en daarna op die van het VWEU.

Door het bespreken van deze wetgeving wordt duidelijk hoeveel vrijheid de nationale wetgever heeft bij het maken van reguleringskeuzes. Dit is van belang voor de beantwoording van de hoofdvraag omdat de nationale wetgever niet (rechtstreeks) kan worden afgerekend op keuzes die op EG-niveau zijn gemaakt. Het EU-recht vormt vanuit het perspectief van de nationale wetgever en ook in dit onderzoek immers een buitengrens.

Hierna wordt het sectorspecifieke (6.3.2) en voor zover relevant het algemene EU-recht (6.3.3) beschreven om in de slotsom een antwoord te geven op de vragen welke grenzen het EU-recht stelt aan de keuzes van de nationale wetgever en hoeveel keuzevrijheid er derhalve voor de nationale wetgever overblijft (6.3.4) bij de regulering van de elektriciteitssector.

6.3.2 Sectorspecifiek EU-recht

De belangrijkste regels die gelden voor het reguleren van de elektriciteitssector staan in de reeds aangehaalde elektriciteitsrichtlijn (6.2.2) die in de Elektriciteitswet is omgezet in nationaal recht. Hier worden de belangrijkste onderwerpen besproken. Op grond van de richtlijn heeft de nationale wetgever de positieve verplichting om de sectoren te liberaliseren. Daarvoor heeft zij zelf instrumenten moeten creëren. De instrumenten die in dit hoofdstuk worden besproken zijn derhalve voor een belangrijk deel ingegeven door het sectorspecifieke EU-recht. Om publieke belangen te borgen is op Europees niveau het begrip 'openbare dienstverplichting' van belang.³⁷ Lidstaten mogen als sprake is van diensten van algemeen economisch belang aan ondernemingen openbare dienstverplichtingen (ODV) opleggen. In de Elektriciteitsrichtlijn wordt specifiek genoemd welke ODV aan de ondernemingen mogen en moeten worden opgelegd.³⁸

³⁴ Zie hoofdstuk 2.

³⁵ Zoals voor de landbouwsector.

³⁶ Dit is wel het geval in de transportsector.

³⁷ Zie paragraaf 2.2.5.

³⁸ Zie over het concept publieke dienstverplichtingen Knops e.a. 2006.

De belangrijkste onderwerpen van deze richtlijn zijn: (i) het tot stand brengen van concurrentie tussen leveranciers, (ii) het reguleren van de toegang tot het netwerk en (iii) het beschermen van de consumenten. Hierna komen deze onderwerpen achtereenvolgens aan de orde.

De lidstaten moeten waarborgen dat elektriciteitsbedrijven in overeenstemming met de richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op het tot stand brengen van een concurrerende, zekere en ecologisch duurzame elektriciteitsmarkt. In de richtlijn staat opgenomen dat de lidstaten ervoor zorgen dat een afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft op een nieuwe leverancier over te stappen.³⁹ In een bijlage (A) bij de richtlijn staat in aanvulling hierop dat aan huishoudelijke afnemers geen kosten in rekening mogen worden gebracht indien zij van leveranciers veranderen. Bovendien moeten de lidstaten een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgen, met name met betrekking tot de transparantie van contractvoorwaarden.⁴⁰

De lidstaten moeten zorg dragen voor de invoering van toegang van derden tot de distributie- en transportnetten op grond van gepubliceerde, objectieve en non-discriminatoire tarieven (*regulated third party access*). Deze tarieven en/of de tariefmethodes moeten vooraf goedgekeurd worden door de marktautoriteit⁴¹ en worden voorafgaand aan hun inwerkingtreding gepubliceerd.⁴² De marktautoriteit moet onafhankelijk zijn van de belangen in de elektriciteitssector. De netbeheerder kan de toegang alleen weigeren als hij niet over de benodigde capaciteit beschikt.⁴³ Deze bepalingen betekenen dat de Europese wetgever heeft gekozen voor concurrentie op de markt, aangezien eigenaren van netwerken toegang aan derden moeten verlenen.

De consumentenbescherming richt zich voor een belangrijk deel op de zogenaamde huishoudelijke afnemer en wordt uitgebreid geregeld in de richtlijn.⁴⁴ De lidstaten mogen in het algemeen economisch belang ODV aan elektriciteitsbedrijven opleggen. De ODV kunnen betrekking hebben op de veiligheid, waaronder voorzieningszekerheid, regelmaat, de kwaliteit en prijs, alsmede milieubescherming met inbegrip van energie-efficiëntie en klimaatbescherming. Deze verplichtingen moeten duidelijk gedefinieerd, transparant en niet discriminerend zijn en voor elektriciteitsbedrijven een gelijke toegang tot nationale consumenten waarborgen.⁴⁵

Recent is door het Hof van Justitie uitspraak gedaan over de grenzen van de mogelijkheid van tariefregulering onder de gasrichtlijn (2003/55/EG) die een eensluidende bepaling bevat als de hiervoor behandelde bepaling uit de elektriciteitsrichtlijn en daarom mede gevolgen heeft voor deze sector. Uit deze uitspraak⁴⁶ volgt dat Lidstaten op grond van de richtlijn bevoegd zijn tarieven te reguleren als daarmee een algemeen economisch belang wordt gediend dat de prijs op een redelijk niveau wordt gehandhaafd. Hierbij moet rekening worden gehouden met de sector, de doelstellingen van liberalisering en de noodzakelijke bescherming van de eindafnemer. Voorts is van bleng dat de maatregel de vrije totstandkoming van de leveringsprijs slechts belemmert voor zover dit

³⁹ Art. 3 lid 5 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴⁰ Art. 3 lid 5 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴¹ In de richtlijn wordt de term 'regelgevende instantie' gebruikt. Deze zorgt voor de nodige verwarring, zie Meuwese 2004, p. 1127-1128. Hier wordt daarom voor deze term 'marktautoriteit' gebruikt.

⁴² Art. 23 lid 2 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴³ Art. 20 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴⁴ Afnemer die elektriciteit koopt voor eigen huishoudelijk gebruik en niet voor commerciële of professionele activiteiten, art. 2 lid 10 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴⁵ Art. 3 lid 2 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴⁶ HvJEU 20 april 2010, C-265/08, *Jur.* 2010, p. 0 (*Federutility*).

voor het verwezenlijken van het algemeen economisch belang noodzakelijk is en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode. Verder moet de maatregel duidelijk worden gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en de gelijke toegang van de betrokken bedrijven van Unie tot de consument waarborgen.

Huishoudelijke afnemers hebben recht op universele dienstverlening; dit houdt in dat zij recht hebben op levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige prijzen op hun grondgebied. De lidstaten kunnen hier toe een noodleverancier aanwijzen.⁴⁷ De lidstaten moeten de netbeheerders verplichten om afnemers aan te sluiten tegen de voorwaarden en tarieven die zijn vastgesteld door de markt- autoriteit.⁴⁸ Verder moeten passende maatregelen genomen worden om kwetsbare afnemers te beschermen zodat wordt voorkomen dat zij worden afgesloten van elektriciteit.⁴⁹

Daarnaast zien zij erop toe dat leveranciers informatie verstrekken aan hun klanten inzake het aandeel van elke energiebron in de totale brandstofmix die in het voorgaande jaar is verbruikt en verwijzingen naar informatie over de milieugevolgen van het gebruik van bepaalde energiebronnen, het zogenaamde 'stroometiket'.⁵⁰ De lidstaten moeten ook passende maatregelen nemen om de doelstellingen inzake voorzieningszekerheid, sociaal-economische doelstellingen en milieubescherming te verwezenlijken.⁵¹

Duidelijk wordt dat de richtlijn allerlei positieve verplichtingen oplegt aan de lidstaten waarbij zij voornamelijk doelen voorschrijft en doorgaans niet tot de keuze voor bepaalde instrumenten verplicht. De lidstaten moeten een actieve rol spelen in de informatievoorziening aan de consumenten, zowel inzake de contractvoorwaarden als de stroometikettering. De instrumenten moeten aan bepaalde eisen voldoen, met name transparantie, non-discriminatie en controleerbaarheid. Hoe al deze doelen moeten worden bereikt, blijkt derhalve slechts summier uit de richtlijn en wordt aan de lidstaten overgelaten.

Deze richtlijn kan worden geduid als een harmoniserende invulling van artikel 106, tweede lid VWEU en de overige artikelen van het VWEU waar het algemeen belang begrip en proportionaliteit een belangrijke rol spelen, zoals bij de vrij verkeerregels.⁵² De Europese wetgever geeft met deze richtlijn aan hoever de individuele lidstaten mogen gaan met het beperken van de vrije markt in deze bijzondere sector waarin diensten van algemeen economisch belang worden verricht. In de richtlijn worden de publieke belangen geformuleerd als doelen en wordt de verantwoordelijkheid voor het borgen ervan bij de lidstaten gelegd.

Eind juni 2009 is de Europese Commissie een inbreukprocedure gestart tegen Nederland wegens het niet-nakomen van (onder meer) de Elektriciteitsrichtlijn. In totaal wordt tegen vijftientwintig van de zevenentwintig EU lidstaten een dergelijke procedure gevoerd. De Commissie stelt dat de transmissienetbeheerder (TenneT) niet alle informatie over beschikbare capaciteit op het netwerk publiceert zodat nieuwkomers niet goed kunnen participeren op de markt. Daarnaast moet er een betere afstemming komen van TenneT met transmissienetbeheerders in de buurlanden om het congestiemanagement te verbeteren. De Energiekamer moet hier inspelen volgens de Commissie.⁵³

⁴⁷ Art. 3 lid 3 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴⁸ Art. 3 lid 3 Elektriciteitsrichtlijn.

⁴⁹ Art. 3 lid 5 Elektriciteitsrichtlijn.

⁵⁰ Art. 3 lid 6 Elektriciteitsrichtlijn.

⁵¹ Art. 3 lid 7 Elektriciteitsrichtlijn.

⁵² Zie paragraaf 2.3.

⁵³ Europese Commissie, *Energy infringements. Country fact sheets*, MEMO/09/26.

Inmiddels is medio 2009 met het 'derde pakket' een nieuwe Elektriciteitsrichtlijn aangenomen, zoals hiervoor reeds werd opgemerkt. De doelstellingen ervan zijn onveranderd en ook de aanpak is vergelijkbaar. Een belangrijke wijziging ten opzichte van de tweede Elektriciteitsrichtlijn is een verplichting tot eigendomssplitsing op het niveau van de transmissiesysteembeheerder (en dus niet van de regionale netbeheerders) om onafhankelijk netbeheer tot stand te brengen. Verder wordt meer markttransparantie nagestreefd, en meer grensoverschrijdende samenwerking tussen toezichthouders en transportbedrijven. De wijziging van onder meer de Elektriciteitswet ter implementatie van deze nieuwe richtlijn is nog aanhangig. Belangrijke delen van dit wetsvoorstel zijn de verbetering van de procedures rond uitbreidingsinvesteringen in het netwerk en de maatregelen om bij transport van elektriciteit voorrang te geven aan duurzame producenten.⁵⁴ In dit onderzoek is dit wetsvoorstel verder buiten beschouwing gelaten.

6.3.3 VWEU

6.3.3.1 *Inleiding*

Zoals al is aangegeven blijft het algemene EU-recht van belang voor de elektriciteitssector. Op regels die zich rechtstreeks richten tot bedrijven (het mededingingsrecht) wordt hier in beginsel niet ingegaan omdat hier de vraag voorligt in hoeverre de nationale wetgever beperkt wordt in de reguleringskeuzes door het EU-recht. Hierna wordt ingegaan op de meest in het oog springende beperkingen voor de nationale wetgever: het vrij verkeer van kapitaal en de staatssteunregels.

6.3.3.2 *Vrij verkeer van kapitaal*

Een complicatie in de elektriciteitssector is dat veel elektriciteitsbedrijven in handen van overheden zijn. Hoewel momenteel een privatisering van onderdelen van deze bedrijven plaatsvindt, blijft er een bijzondere rol van de overheid met betrekking tot deze bedrijven. Op dit moment is op grond van de Elektriciteitswet 1998 goedkeuring vereist van de minister voor het overdragen van aandelen in netbeheerders. Als sprake is van een overdracht buiten de kring van publiekrechtelijke rechtspersonen onthoudt de minister zijn goedkeuring. Dit komt neer op een privatiseringsverbod ten aanzien van de netbeheerders. Het is de vraag hoe deze wettelijke regeling zich verhoudt tot de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal.

Een beperking van het kapitaalverkeer wordt door het Hof van Justitie snel aangenomen. Nog niet is (bij mijn weten) geoordeeld over een zaak waarin sprake was van volledige publieke eigendom. In de jurisprudentie staan steeds de zogenoemde gouden aandelen van de overheid centraal. Dit ziet op een situatie waarin sprake is van een gedeeltelijke privatisering maar waarbij de overheid zich bij de verkoop bijzondere zeggenschapsrechten voorbehoudt. In beginsel mag elke eigenaar besluiten zijn aandelen niet te verkopen daar staat het vrij verkeer van kapitaal niet aan in de weg, dit geldt ook voor de overheid.⁵⁵ Voor TenneT geldt daarom mijns inziens dat het publiek aandeelhouderschap geen inbreuk vormt op het vrij verkeer van kapitaal. Maar de gemeenten en provincies worden door de wet beperkt in de mogelijkheid hun aandelen te verkopen. Het is de vraag of het Hof van Justitie zal aannemen dat een wettelijk privatiseringsverbod in dit geval een belemmering vormt van het kapitaalverkeer. Geredeneerd vanuit de doelstellingen van het VWEU is de kans hierop niet denkbeeldig.

⁵⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 904, nr. 3, p. 2.

⁵⁵ Art. 295 VWEU.

Stel dat het Hof van Justitie een beperking zou aannemen of dat de wetgever over zou willen gaan tot een minderheidsprivatisering van de netbeheerders en zich daarbij bijzondere zeggenschapsrechten zou voorbehouden om in te grijpen in geval van bijvoorbeeld een energiecrisis. Zou een beroep van Nederland op een gerechtvaardigde uitzondering kunnen slaan?

Uitzonderingen in het algemeen belang van de regels van het vrij verkeer van kapitaal zijn mogelijk. Door het Hof van Justitie wordt een rechtvaardigingsgrond in het algemeen belang snel aangenomen. De lidstaat moet echter bewijzen dat de genomen maatregel proportioneel is om het beoogde doel – het algemeen belang – te bereiken. Er zou kunnen worden betoogd dat het een algemeen belang is dat de overheid kan ingrijpen bij een energiecrisis. Dit is door het Hof al eerder bevestigd. Het Hof is echter zeer streng bij het toetsen van de proportionaliteit van de maatregelen. In het verleden is gebleken dat overheidstoestemming vooraf – ook bij het algemeen belang van het uitbreken van een energiecrisis – in geen enkel geval proportioneel is geacht.⁵⁶ Door de rechtbank Den Haag is de eigendomssplitsing op zich van de energiebedrijven in overeenstemming met het EU-recht geacht inclusief het vrije verkeer van kapitaal.⁵⁷ Het Hof Den Haag heeft in hoger beroep tegen voornoemde uitspraak wel een ongerechtvaardigde beperking aangenomen.⁵⁸

6.3.3.3 Staatssteun

Inzake de staatssteunregels stelt de richtlijn dat voorzover de maatregelen ter vervulling van ODV, steunmaatregelen zijn in de zin van het VWEU, zij ter kennis van de Commissie moeten worden gebracht, conform artikel 88, derde lid, VWEU. Als voldaan wordt aan de *Altmark*-criteria is echter geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 87, eerste lid, VWEU. Dus als daaraan is voldaan, hoeven de maatregelen niet te worden gemeld.⁵⁹ Op het terrein van staatssteun verandert er tussen de overheid en de energiebedrijven derhalve niets als gevolg van de introductie van de richtlijnen.⁶⁰

Daarnaast zijn er beperkingen op grond van het mededingingsrecht aan het fuseren van bedrijven. Omdat deze regels zich rechtstreeks tot de bedrijven richten worden ze hier niet uitgebreid besproken.

Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan artikel 102 VWEU: misbruik van machtspositie. De NMa heeft vastgesteld dat voor de fusie tussen NUON en Essent een vergunning op grond van artikel 42 Mededingingswet vereist is, daar het nieuwe bedrijf een te grote machtspositie zou krijgen op de Nederlandse markt voor kleinverbruikers, de groothandelsmarkt voor elektriciteit en de onbalansmarkt in Nederland.⁶¹ Uiteindelijk is de fusie niet doorgegaan omdat de bedrijven het niet eens konden worden over de machtsverhoudingen en is de vergunningaanvraag ingetrokken.⁶² In dit voorbeeld is artikel 42 van de Mededingingswet van toepassing, waarin het begrip economische machtspositie wordt ingevuld door artikel 102 uit het VWEU.

⁵⁶ Zie paragraaf 2.3.4.

⁵⁷ Zie paragraaf 6.5.5.

⁵⁸ Zie paragraaf 2.3.4.5 en 6.5.5.

⁵⁹ Zie paragraaf 2.5.3.

⁶⁰ Zie paragraaf 2.5.

⁶¹ Mededeling NMa 07/11, <www.nmanet.nl>, 22 mei 2007.

⁶² 'Fusie Essent en NUON van de baan', *NRC Handelsblad* 8 september 2007.

6.3.4 Slotsom

De invloed van EU-recht op de elektriciteitssector is groot. De sectorspecifieke regelgeving brengt vooral positieve verplichtingen met zich. In deze regelgeving worden veel publieke belangen verwoord. In tegenstelling tot het VWEU verplicht de Elektriciteitsrichtlijn niet tot het zich onthouden van handelingen maar bestaat het juist uit positieve verplichtingen voor de lidstaten. Het VWEU is, los van de sectorspecifieke regelgeving, op de sector van toepassing.

De nationale wetgever blijkt niet veel ruimte te hebben om keuzes te maken in de regulering van de elektriciteitssector. Een aantal belangrijke keuzes is in de sectorspecifieke regelgeving gemaakt. Zo is elke lidstaat in feite gehouden om concurrentie op de markt te introduceren. Hoe dat exact vorm krijgt en met behulp van welke instrumenten dit wordt gereguleerd, wordt aan de lidstaten overgelaten maar de fundamentele keuzes zijn op Europees niveau al gemaakt.

Wat betreft het VWEU blijkt dat het vrij verkeer van kapitaal weleens voor problemen zou kunnen zorgen vanwege het publieke aandeelhouderschap van de netbeheerders. In ieder geval is op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie duidelijk dat een minderheidsprivatisering met bijzondere zeggenschapsrechten voor de overheid, in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal. De staatssteunregels en in het bijzonder de *Altmark*-jurisprudentie zijn onverkort van toepassing op de elektriciteitssector.

6.4 Publieke belangen

6.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de publieke belangen die zijn vastgesteld op Europees en nationaal niveau door de wetgever(s). Hierbij wordt betrokken of deze vaststelling expliciet is geweest en in hoeverre er een kenbare prioriteitenafweging heeft plaatsgevonden tussen de onderling tegenstrijdige publieke belangen. De publieke belangen worden afgeleid uit de beschikbare preambules van Europese richtlijnen of uit nationale parlementaire geschiedenis.

Deze vraag is van belang voor de hoofdvraag van dit hoofdstuk omdat de publieke belangen die door de wetgever zijn vastgesteld in feite het toetsingskader vormen voor de vraag of de gekozen instrumenten tot het gewenste resultaat (kunnen) leiden. Omdat publieke belangen doorgaans tegenstrijdig zijn en daarom tegen elkaar moeten worden afgewogen wordt hierbij betrokken of en in hoeverre er een rangorde is aangebracht tussen de verschillende publieke belangen.⁶³ Dit heeft immers gevolgen voor de beoordeling of met de gekozen regulering de publieke belangen kunnen worden geborgd.

In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord welke publieke belangen de wetgever kennelijk voor ogen had bij de reguleringskeuzes voor deze sector. Voor de beantwoording van de vraag van dit hoofdstuk wordt deze opsomming gebruikt om te beoordelen of de verschillende keuzes in de regulering (concurrentiemodaliteit, instrumenten en partijen) kunnen leiden tot het borgen van deze publieke belangen.

De publieke belangen die een rol spelen in de elektriciteitssector zijn velerlei. Ze zijn, zoals in elke sector, gevarieerd, kunnen in de borging ervan onderling strijdig blijken te zijn en bovendien zijn zij contingent. Hierna worden de belangrijkste publieke belangen besproken. Eerst komen de publieke belangen die op Europees niveau zijn vastgesteld aan de orde (6.4.2) en daarna die zijn vastgesteld op nationaal niveau (6.4.3). Er wordt afgesloten met een slot-som waarin de vraag wordt beantwoord welke publieke belangen zijn vastgesteld, of dit impliciet of expliciet is gebeurd en of hierbij een prioriteitenstelling is gemaakt (6.4.4).

6.4.2 Europees niveau

In de preambule van de Elektriciteitsrichtlijn wordt een aantal doelen genoemd die vervolgens in de bepalingen terugkomen. Gelet op de definitie in dit onderzoek van publieke belangen, zijn deze doelen publieke belangen. Zo wordt opgemerkt dat is gebleken 'dat de interne markt voor elektriciteit voordelen kan opleveren in de vorm van verbeterde efficiëntie, prijsverlagingen, kwalitatief betere dienstverlening en toegenomen concurrentie.' In verband hiermee moeten er, aldus de preambule, met name concrete maatregelen worden genomen om te zorgen voor gelijke concurrentievoorwaarden op het niveau van de productie, het beperken van het risico van marktdominant en marktondermijnend gedrag, het verzorgen van niet discriminerende transporttarieven door toegang tot het net te verlenen op basis van vooraf gepubliceerde tarieven en het zorgen voor bescherming van de rechten van kleine en kwetsbare afnemers.⁶⁴

De bescherming van afnemers houdt in dat zij aanspraak kunnen maken op universele dienstverlening, dat wordt voorkomen dat kwetsbare afnemers worden afgesloten en dat de afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om over te stappen naar een andere leveran-

⁶³ Over dit karakter van publieke belangen zie paragraaf 3.5.

⁶⁴ Preambule onder (2) Elektriciteitsrichtlijn.

cier.⁶⁵ Het gaat hier derhalve om het bevorderen van goede concurrentie en het beperken van het risico van marktdominant en marktondermijnend gedrag, maar ook om het beschermen van consumenten. Universele dienstverlening houdt in dat consumenten recht hebben op de levering van elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige prijzen op hun grondgebied.⁶⁶

Daarnaast worden de lidstaten in de Elektriciteitsrichtlijn verplicht om passende maatregelen te nemen ter verwezenlijking van de doelstellingen inzake sociale en economische samenhang, milieubescherming, waarbij onder meer maatregelen betreffende energie-efficiëntie en vraagbeheersing en ter bestrijding van klimaatverandering kunnen worden genomen, alsmede inzake voorzieningszekerheid.⁶⁷ Voorzieningszekerheid is een publiek belang dat bestaat uit twee elementen, aldus Minister Brinkhorst (kabinet Balkenende-II, 2003-2006) in een brief aan de Tweede Kamer. Ten eerste de beschikbaarheid van energiebronnen op de lange termijn. Ten tweede is dit het voorkomen van internationale crises en de gevolgen daarvan.⁶⁸

6.4.3 Nationaal niveau

De doelstellingen van het energiebeleid van de Nederlandse wetgever kunnen sinds jaar en dag worden samengebracht tot een drietal: betaalbare, betrouwbare en schone energie.⁶⁹ Door de ingezette liberalisering zijn deze doelstellingen niet veranderd, maar is de wijze waarop deze doelstellingen worden nagestreefd, namelijk door middel van marktwerking, veranderd.

De nationale wetgever streeft in het verlengde van de Europese richtlijn een goed concurrerende markt na, waarin marktondermijnend gedrag wordt afgestraft en huishoudelijke afnemers worden beschermd. In de memorie van toelichting worden de publieke belangen als zodanig aangeduid en opgesomd. Dit zijn: (i) beschikbaarheid van energie tegen maatschappelijk aanvaardbare prijzen voor alle consumenten, (ii) bescherming van gebonden afnemers tegen misbruik door een monopolist, te weten de netbeheerder, (iii) leveringszekerheid voor klanten die geen uitwijkmogelijkheden hebben, (iv) productie en dienstverlening moeten op zodanige wijze geschieden dat recht wordt gedaan aan maatschappelijke doelstellingen ten aanzien van kwaliteit en veiligheid en (v) doelmatige marktordening en doelmatig toezicht, opdat productie en distributie van energie plaatsvinden tegen de laagst mogelijke maatschappelijke kosten.⁷⁰

Leveringszekerheid betreft de mate waarin consumenten en andere afnemers onder voorzienbare omstandigheden feitelijk kunnen rekenen op levering van energie. Leveringszekerheid moet zijn gewaarborgd voor klanten die geen uitwijkmogelijkheden hebben. Dat betekent, volgens de wetgever, onder andere dat voldoende moet worden geïnvesteerd in productie-eenheden en infrastructuur voor transport en distributie.⁷¹ In het midden blijft wie deze klanten precies zijn. Aangenomen moet worden dat kleinverbruikers doorgaans geen uitwijkmogelijkheden hebben. Grote zakelijke grootverbruikers kunnen deze wel hebben.

⁶⁵ Art. 3 lid 3 en 5 Elektriciteitsrichtlijn.

⁶⁶ Art. 3 lid 3 Elektriciteitsrichtlijn.

⁶⁷ Art. 3 lid 7 en art. 4 Elektriciteitsrichtlijn

⁶⁸ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 023, nr. 1, p. 8.

⁶⁹ Of, in het Engels, *triple A: available, affordable and (socially) acceptable*, Knops e.a. 2006, p. 2.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 372, nr. 3, p. 4.

⁷¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 372, nr. 3, p. 4.

Een ander publiek belang is de beschikbaarheid van energie tegen maatschappelijk aanvaardbare prijzen voor alle consumenten.⁷² Hiermee wordt het publiek belang van universele dienstverlening bedoeld. Dit begrip wordt in de memorie van toelichting enger uitgelegd dan in de richtlijn. In het verlengde van de leverings- en voorzieningszekerheid ligt het publiek belang van het instandhouden, goed verzorgen en onderhouden van de energienetten om op de korte en op de lange termijn een goede energievoorziening te waarborgen. Verder moeten productie en dienstverlening op zodanige wijze geschieden dat recht wordt gedaan aan de maatschappelijke doelstellingen van kwaliteit en veiligheid. Nagestreefd wordt ten slotte een doelmatige marktordening en doelmatig toezicht, opdat productie en distributie van energie plaatsvinden tegen de laagst mogelijke maatschappelijke kosten.⁷³

Een ander publiek belang dat een belangrijke rol speelt is het milieu. Voorbeelden hiervan zijn het willen bereiken van een beperktere CO₂ uitstoot, het stimuleren van duurzame energie en het stimuleren van spaarzaam gebruik van energie.

6.4.4 Slotsom

De publieke belangen voor de elektriciteitssector zijn door de nationale wetgever geëxpliciteerd. Samenvattend zijn deze publieke belangen: (i) beschikbaarheid van energie tegen maatschappelijk aanvaardbare prijzen voor alle consumenten, (ii) bescherming van gebonden afnemers tegen misbruik door de netbeheerder, (iii) leveringszekerheid voor klanten die geen uitwijkmogelijkheden hebben, (iv) productie en dienstverlening moeten op zodanige wijze geschieden dat recht wordt gedaan aan maatschappelijke doelstellingen ten aanzien van kwaliteit en veiligheid, (v) doelmatige marktordening en doelmatig toezicht en (vi) milieudoelstellingen. Wat deze publieke belangen precies inhouden blijft onduidelijk. Opmerkelijk is het publieke belang van een doelmatige marktordening en doelmatig toezicht. Dit lijken eerder middelen om de publieke belangen te bereiken dan een publiek belang op zich te zijn. Het publieke belang waar doelmatige marktordening en markttoezicht op ziet, is dat productie en distributie van energie plaatsvindt tegen de laagst mogelijk maatschappelijke kosten.

Op de tegenstrijdigheid van deze verschillende belangen wordt niet ingegaan, noch door de Europese, noch door de nationale wetgever, hoewel duidelijk is dat niet alle publieke belangen volledig zullen kunnen worden geborgd zonder afbreuk te doen aan de andere publieke belangen. Ook worden geen prioriteiten aangegeven. De vraag blijft welk publiek belang nu moet prevaleren. Het belang van milieu, de bescherming van consumenten of moet de efficiëntie bovenaan staan? Op dit punt geeft de toelichting nauwelijks richting.

⁷² *Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 4.*

⁷³ *Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 4.*

6.5 Concurrentie

6.5.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de economische kenmerken van de elektriciteitssector beschreven en op basis hiervan en op basis van het EU-recht geanalyseerd welke concurrentiemodaliteiten geschikt kunnen zijn voor toepassing in deze sector en wordt in dat licht beoordeeld of en in hoeverre de nationale wetgever bij de keuze voor deze concurrentiemodaliteit een juiste afweging heeft gemaakt. Het benoemen van de concurrentiemodaliteit is van belang voor de beantwoording van de vraagstelling van dit hoofdstuk omdat de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit gevolgen heeft voor de keuze van instrumenten omdat bepaalde instrumenten op een bepaalde manier bij een bepaalde concurrentiemodaliteit kunnen worden ingezet.

Ten eerste wordt ingegaan op de karakteristieken van het product elektriciteit (6.5.2). Vervolgens wordt ingegaan op marktimperfecties die typerend zijn voor de elektriciteitssector als infrastructuurgebonden sector die doorslaggevend kunnen zijn voor het type concurrentie waarvoor in deze sector is gekozen (6.5.3). Vervolgens wordt besproken welke concurrentiemodaliteiten in aanmerking kunnen komen voor het ontwerp van de elektriciteitssector (6.5.4). Hierbij wordt besproken op welk niveau (nationaal of Europees) de keuzes voor het ontwerp zijn gemaakt en welke consequenties dit heeft voor de keuzemogelijkheden van de nationale wetgever. Ten slotte wordt de splitsing van de Nederlandse energiebedrijven besproken (6.5.5) waarna tot een slotsom wordt gekomen over concurrentie in de elektriciteitssector waarin de vraag welke concurrentiemodaliteiten geschikt zijn en voor welke is gekozen en hoe deze keuze moet worden beoordeeld, wordt beantwoord (6.5.6).

6.5.2 Karakteristieken product elektriciteit

Een belangrijk en al genoemd kenmerk van elektriciteit is dat veel andere belangrijke diensten ervan afhankelijk zijn. Zo wordt bijvoorbeeld drinkwater door de waterleiding gepompt met behulp van elektriciteit en zijn bedrijven in het algemeen in hoge mate afhankelijk van elektriciteit.

Elektriciteit is daarnaast een bijzonder product omdat het niet kan worden opgeslagen. Elektriciteit bevindt zich in een bepaalde spanning op het netwerk en beweegt zich volgens de 'Wet van Kirchhoff': de wet van de minste weerstand. Hoeveel elektriciteit er wordt gewonnen en op het netwerk komt en hoeveel er wordt afgenomen moet daarom precies met elkaar in balans zijn om de juiste spanning op het netwerk te bewaren. Om deze reden is er een enorme planning gemoeid met de handel in elektriciteit. Door het transport van elektriciteit vinden netverliezen plaats; daarom is het zo gunstig mogelijk om regionaal stroom op te wekken, zodat geen lange afstanden hoeven worden afgelegd.

Een ander kenmerk van elektriciteit is dat het intrinsiek een volstrekt homogeen product is. Er zijn geen kwaliteitsverschillen tussen de ene andere soort stroom. Op de productiemarkt kunnen windmolens daarom concurreren met kerncentrales want uiteindelijk leveren ze hetzelfde homogene product. Dit levert op de leveringsmarkt beperkingen op voor de concurrentie omdat de leveranciers elkaar niet kunnen beconcurreren op de kwaliteit van hun product. Dit kunnen zij wel op andere kenmerken, zoals de te leveren service, de herkomst van hun product (groene stroom) en de prijs.

6.5.3 Marktimperfecties

6.5.3.1 Inleiding

Het marktfalen in de elektriciteitssector is deels typisch voor infrastructuurgebonden nutssectoren. Hierna komen de belangrijkste vormen van marktfalen kort aan de orde per afzonderlijke markt in de elektriciteitssector.⁷⁴ Achtereenvolgens worden de productie- en groothandelsmarkt, de transportmarkt en de leveringsmarkt besproken.

6.5.3.2 Productie- en groothandelsmarkt

De handel op de elektriciteitsmarkt vindt voor een groot deel binnen de geïntegreerde bedrijven plaats of bilateraal. Op de elektriciteitsbeurs APX (*Amsterdam Power Exchange*) wordt slechts 15% van de verbruikte elektriciteit verhandeld. Op de productiemarkt is een gebrek aan concurrentie; er is sprake van marktmacht. Dit probleem speelt vooral waar het gaat om de pieklast (het hoge verbruik in bijvoorbeeld zeer koude tijden) omdat slechts één of twee producenten dan kunnen voldoen aan de vraag en zeer hoge prijzen kunnen berekenen.⁷⁵

Uit onderzoek blijkt dat de handelsmarkt in elektriciteit geconcentreerd is. Dit heeft te maken met het geringe aantal spelers en de grote mate verticale integratie, waardoor de groothandelsmarkt weinig liquide is.⁷⁶

6.5.3.3 Transport

Door het uitgebreide netwerk van elektriciteitsnetten is sprake van hoge verzonken kosten. Het dupliceren van de infrastructuur is voor één bedrijf in het algemeen onhaalbaar en bovendien maatschappelijk inefficiënt. Daarnaast is sprake van schaalvoordelen. De eigenaar van het netwerk heeft zeer lage marginale kosten per extra eenheid elektriciteit die wordt vervoerd. Om deze twee redenen is sprake van een natuurlijk monopolie in de elektriciteitssector.⁷⁷ Het is in verband met de schaalvoordelen die het netwerk met zich brengt lange tijd gemeengoed geweest dat de meest rendabele oplossing is als één geïntegreerd bedrijf alle afnemers van energie voorziet en niet meerdere geïntegreerde bedrijven.⁷⁸ Inmiddels wordt anders gedacht over de concurrentiemogelijkheden in deze sector, zoals hierna zal blijken, maar deze marktimperfecties spelen nog steeds een doorslaggevende rol.

Er gaan van de gebonden consumenten naar de netbeheerders geen prikkels uit om het net goed te onderhouden of om marktconforme prijzen voor de toegang van het net te hanteren omdat zij over een natuurlijk monopolie beschikken en daarmee in juridische termen een machtspositie hebben. Daarom is overheidsregulering noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de netbeheerders hun macht niet misbruiken. Hierbij is dus zowel toezicht op de prijs als op de kwaliteit noodzakelijk.

⁷⁴ Zie uitgebreider: Baarsma & De Nooij 2006a.

⁷⁵ Baarsma & De Nooij 2006a, p. 8.

⁷⁶ Baarsma & De Nooij 2006a, p. 15.

⁷⁷ Baarsma & De Nooij 2006a, p. 11.

⁷⁸ Met geïntegreerd bedrijf wordt hier bedoeld: verticaal geïntegreerd, dus zowel producent, netbeheerder als leverancier.

6.5.3.4 Leveringsmarkt

De leveringsmarkt faalt omdat sprake is van informatie-asymmetrie. De vraag naar elektriciteit is – zeker op een korte termijn – ongevoelig voor de prijs. Kleinverbruikers betalen op dit moment maandelijks een voorschot en zien maar één keer per jaar wat de werkelijke prijs was. De actuele prijs is onzichtbaar voor de verbruiker, terwijl de prijs van elektriciteit per uur verschillend is. Dit marktfalen zou kunnen worden opgelost door het gebruik van de zgn. 'slimme meters' waarop de actuele energieprijis wordt aangegeven.⁷⁹

6.5.4 Concurrentiemodaliteiten

6.5.4.1 Inleiding

Zoals hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, zijn er verschillende modaliteiten mogelijk om concurrentie te introduceren in een infrastructuurgebonden sector.⁸⁰ Sinds het idee heeft postgevat dat niet alle geledingen van de sector zijn verbonden met de infrastructuur en dus met het natuurlijk monopolie, is men over de mogelijkheden van concurrentie in de energiesector anders gaan denken.⁸¹ Hierna worden de verschillende concurrentiemodaliteiten met betrekking tot de elektriciteitssector besproken.

6.5.4.2 Concurrentie tussen marktsegmenten

Er zou concurrentie kunnen plaatsvinden tussen diensten die door het elektriciteitsnetwerk worden geleverd en diensten die daar niet door worden geleverd. Deze concurrentie treedt bijvoorbeeld op wanneer de consument de keuze kan maken voor een alternatieve elektriciteitsvoorziening, zoals het laten draaien van een apparaat op batterijen in plaats van het aan te sluiten op netstroom. Dit is echter geen reëel alternatief voor de meeste toepassing van elektriciteit en daardoor komt geen wezenlijke concurrentie tot stand.⁸² Een andere mogelijkheid is de concurrentie tussen verschillende energienetwerken. Zo zou concurrentie kunnen plaatsvinden tussen het gebruik van gas en van elektriciteit om te koken of om het huis te verwarmen.⁸³ Aangezien deze beide vormen van energie momenteel bij dezelfde bedrijven berusten, ligt ook deze vorm van concurrentie tussen marktsegmenten niet voor de hand. En zelfs als dit niet (langer) het geval zou zijn, zou er een hoge drempel zijn om over te stappen gelet op de reeds aanwezige infrastructuur en ketel etc.

Een andere optie om concurrentie te bewerkstelligen tussen markten is de aanleg van een alternatief elektriciteitsnet. Dit zou duplicering van de infrastructuur met zich meebrengen, wat uiteindelijk vanwege het natuurlijke monopolie hogere totale kosten zal bedragen dan wanneer er één leidingenstelsel is. Deze concurrentievorm ligt in de elektriciteitssector om deze redenen niet voor de hand.

Wel blijkt uit economisch onderzoek dat in ons land ruimte is voor enkele tientallen netbeheerders. Concurrentie voor nieuwe deelmarkten, zoals nieuwbouwwijken of zeer grote

⁷⁹ Baarsma & De Nooij 2006a, p. 18-19.

⁸⁰ Zie paragraaf 3.7.

⁸¹ Zie paragraaf 3.7.4.

⁸² Knops 2004, p. 23.

⁸³ Knops 2004, p. 23.

afnemers, zou hiermee niet zijn uitgesloten. In Nieuw-Zeeland blijkt deze vorm van concurrentie om de markt echt te kunnen bestaan.⁸⁴

6.5.4.3 Concurrentie op de markt

Bij concurrentie op de markt, blijft het beheer van het elektriciteitsnetwerk een monopolie, maar is sprake van concurrentie inzake de levering van de producten via het netwerk. De Europese wetgever heeft voor deze vorm van concurrentie gekozen in de hiervoor besproken liberaliseringsrichtlijnen. De nationale wetgever heeft in de elektriciteitssector zelf op dit punt geen zelfstandige keuze gehad.⁸⁵ Een belangrijke voorwaarde voor optimale benutting van deze concurrentiemodaliteit is onafhankelijk beheer van het netwerk. Indien dit niet zo zou zijn, zouden netbeheerders de aan hen gelieerde leveranciers kunnen bevoordelen bij de toegang tot het netwerk. In Nederland zijn de energiebedrijven om die reden gedwongen om te splitsen. Hierna wordt verder ingegaan op het waarborgen van onafhankelijk netbeheer in de elektriciteitssector (2.5.5).

De concurrentie is geen doorslaand succes in de elektriciteitssector. Sinds 1 juli 2004 konden huishoudelijke afnemers hun eigen leverancier kiezen. Aanvankelijk waren er veel administratieve problemen bij het overstappen. In de Europese Unie is slechts 8% van de afnemers van elektriciteit naar een andere leverancier overgestapt. Hierop heeft de Europese Commissie besloten in 2009 een diepgaande marktanalyse betreffende de consumentenvoorwaarden op de stroommarkt voor kleinverbruikers uit te gaan voeren.⁸⁶ In Nederland is sinds de liberalisering in 2004 inmiddels 28% overgestapt naar een andere leverancier, in het jaar 2009 zelf waren het 9% van de consumenten. De Energiekamer spreekt van de 'overstapaversie' als belangrijkste toetredingsdrempel voor nieuwkomers op de markt.⁸⁷

6.5.4.4 Concurrentie om de markt

Bij concurrentie om de markt zouden elektriciteitsbedrijven concurreren om het beheer en de exploitatie van het elektriciteitsnet. Hierbij kan worden gedacht aan het periodiek aanbesteden van concessies. Een probleem dat hierbij speelt, is de lange termijn waarvoor de investeringen in de elektriciteitsinfrastructuur aangaan worden aangegaan.⁸⁸ Voor periodieke concessies is een termijn van tientallen jaren echter niet erg voor de hand liggend.

6.5.4.5 Prestatievergelijking

Bij een prestatievergelijking, al dan niet met afrekenmechanisme, is geen sprake van daadwerkelijke concurrentie. Hierbij wordt een periodieke prestatievergelijking uitgevoerd op grond waarvan eventueel sancties kunnen worden opgelegd. Deze concurrentiemodaliteit was een reële optie in de elektriciteitssector, temeer daar de sector op het moment dat werd gekozen onder volledige overheidsinvloed stond. Dat hiervoor niet is gekozen door de Euro-

⁸⁴ Baarsma & de Nooij 2006a, p. 12.

⁸⁵ Los van de invloed die de regering en de Nederlandse leden van het Europe Parlement hebben gehad in Brussel bij de totstandkoming van de richtlijnen.

⁸⁶ Persbericht Europese Commissie (IP/09/202).

⁸⁷ Zie Rapport van de Energiekamer, *Monitor kleinverbruikersmarkten gas- en elektriciteit 2009*, p. 51 e.v. <www.energiekamer.nl>.

⁸⁸ Knops 2004, p. 23.

pese wetgever nu blijkt dat concurrentie op de markt ook een reële optie is, verbaast niet getoet op het streven naar een Europese interne markt, waar ook de elektriciteitsmarkt toe zou moeten behoren. Een nadeel van een prestatievergelijking is dat er minder marktwerking ontstaat waardoor eventueel minder efficiencywinsten zouden worden gemaakt.

6.5.5 Splitsing

Zoals hiervoor bleek, is door de Europese wetgever besloten om concurrentie op de markt te introduceren. De nationale wetgever had derhalve geen vrijheid om te kiezen voor een andere concurrentiemodaliteit, zoals benchmarking. De nationale wetgever had wel keuzevrijheid in de instrumenten waarmee deze vorm van concurrentie gestalte moest krijgen. De Nederlandse nationale wetgever heeft, bij het vormgeven van concurrentie op de markt, ervoor gekozen om verder te gaan dan hetgeen door de liberaliseringsrichtlijnen werd voorgeschreven, naar eigen zeggen om een onafhankelijk netbeheer te waarborgen. Waar de richtlijnen aanvankelijk een boekhoudkundige en later een juridische scheiding tussen netbeheerder en producent/leverancier eisten, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen een volledige scheiding van eigendom tussen de betrokken bedrijfsonderdelen door te voeren: een groepsverbod, ook wel genoemd 'splitsing'. Het groepsverbod houdt in dat een aandeelhouder van een leverancier/producent niet tevens aandeelhouder mag zijn van een netbeheerder (tenzij het gaat om een publieke aandeelhouder).⁸⁹

Hierbij speelt verticale scheiding een belangrijke rol. Elektriciteitsbedrijven zijn van oudsher verticaal geïntegreerd. Dit houdt in dat zij zowel producent als leverancier als netbeheerder zijn. Het zijn van netbeheerder en daarmee het kunnen bepalen wie er gebruik maakt van het netwerk, verschaft de met de netbeheerder verbonden leverancier en eventuele producent een machtspositie. Om uit te sluiten dat een met de netbeheerder verbonden bedrijf deze machtspositie zou misbruiken, moeten de commerciële bedrijven (leveranciers en producenten) de netbeheerders afstoten of vice versa. Om deze reden is in de huidige regelgeving aan de netbeheerder een onafhankelijke rol toebedacht. De netbeheerder verzorgt en onderhoudt de netten en verleent iedereen die daarom vraagt zonder te discrimineren toegang tot het netwerk tegen een door de marktautoriteit vastgesteld tarief.

De keuze voor de eigendomssplitsing heeft niet alleen te maken met het nastreven van een zo onafhankelijk mogelijk netbeheer maar ook met de wens van het toenmalige kabinet om de energiebedrijven te privatiseren. Door de bedrijven te splitsen, werd het mogelijk de netbeheerders in publieke handen te houden en konden de commerciële bedrijven worden geprivatiseerd zonder dat het gevaar bestond dat de commerciële bedrijven zichzelf zouden kunnen bevoordelen door de invloed die zij hadden op de eigen netbeheerder. Een andere optie was om de geïntegreerde bedrijven te privatiseren waarbij de overheid een meerderheidsaandeel zou houden. Er is in het verleden gesproken over zo'n minderheidsprivatisering van 49% van de verticaal geïntegreerde energiebedrijven. De toenmalig minister van Economische Zaken, Brinkhorst (kabinet Balkenende II, 2003-2006), was hier geen voorstander van.

Met betrekking tot deze eigendomssplitsing stonden de sector en de meeste aandeelhouders, provincies en gemeenten, en minister Brinkhorst lijnrecht tegenover elkaar.⁹⁰ De sector en de meeste aandeelhouders waren fel gekant tegen de splitsing en veel argumenten tegen waren op sentiment gebaseerd. Maar ook onderzoekers uit verschillende disciplines

⁸⁹ Art. 10b E-wet. Zie hierover ook paragraaf 2.3.4.5.

⁹⁰ Alleen de Provincie Friesland en de Gemeente Amsterdam zijn voorstanders van de splitsing: R. op 't Veld, 'Energiesector verliest steun van overheden', *Het Financieel Dagblad* 11 januari 2005.

hebben stevige kritiek op de splitsing geuit. Zo wordt een welvaartsverlies verwacht op basis van een economische maatschappelijke kosten-baten analyse.⁹¹ De Minister gaf hierop aan dat de kosten van de splitsing niet op de afnemers zouden worden afgewenteld. Hij beschikte echter niet over de bevoegdheden om deze belofte waar te maken.⁹²

De twee belangrijkste juridische argumenten tegen de splitsing waren de strijd met het vrij verkeer van kapitaal en eerder aangegane *cross border leases*. Volgens Slot zal het groepsverbod 'leiden tot uiteenlopende belemmeringen van het vrije verkeer, zonder dat aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit is voldaan.'⁹³ De noodzakelijkheid loopt onder meer stuk op het feit dat er een adequaat toegeruste toezichthouder is en een uitgebreid stelsel van instrumenten voor handen is van toezichts- en handavingsinstrumenten voor het tegengaan van kruissubsidiëring, onderinvestering en beïnvloeding ten nadele van concurrenten en afnemers, aldus Slot. Daarnaast acht hij de maatregel disproportioneel daar het Hof van Justitie zelden een algeheel verbod heeft aanvaard als proportioneel middel. Alleen een minder vergaande regeling, zoals de mogelijkheid achteraf in te grijpen aan de hand van vooraf duidelijk omschreven criteria, zou mogelijk proportioneel kunnen worden geacht.⁹⁴

De rechtbank te Den Haag heeft uitspraak gedaan in drie zaken van energiebedrijven tegen de Staat. Eneco, Essent en Delta vochten in een civiele procedure de rechtmatigheid van het groepsverbod aan. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De energiebedrijven deden een beroep op artikel 1 eerste protocol van het EVRM dat niet slaagde. De rechtbank overwoog dat slechts sprake is van de 'regulering' van eigendom en niet van de 'ontnemming' ervan omdat aan de publieke aandeelhouders niets wordt ontnomen.⁹⁵

Een beroep van de Staat op artikel 345 VWEU (de regeling van het eigendomsrecht), waardoor de verdragsregels met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging hier niet van toepassing zouden zijn, slaagde evenmin. Dit artikel was naar het oordeel van de rechtbank niet van toepassing. De rechtbank heeft in het midden gelaten of de regeling een inbreuk vormt op de fundamentele vrijheden van het VWEU, maar acht een eventuele inbreuk gerechtvaardigd op grond van dwingende vereisten van algemeen belang. In casu gaat het dan om de leveringszekerheid. Volgens de rechtbank is het groepsverbod een proportionele maatregel om de leveringszekerheid te waarborgen. Hij stelt: 'De Staat heeft op toereikende gronden aangetoond dat het groepsverbod geschikt en nodig is met het oog op deze aspecten' (leveringszekerheid en de rechtstreeks daaraan gerelateerde bescherming van consumenten, KW).⁹⁶ Zoals hiervoor al bleek, valt echter niet te verwachten dat het Hof van Justitie deze analyse van de rechtbank Den Haag zal delen.⁹⁷

Cross border leases zijn overeenkomsten waarbij Nederlandse energiebedrijven gedurende een lange termijn het netwerk verhuren aan een Amerikaanse investeerder. Het energiebedrijf ontvangt daarvoor een geldsom ineens. Vervolgens verhuurt de Amerikaanse investeerder het netwerk voor een kortere periode weer terug aan het energiebedrijf. Deze transactie levert voor beide partijen een belastingvoordeel op. Verschillende Nederlandse energiebedrijven zijn dergelijke overeenkomsten aangegaan. Bij elkaar heeft dit de bedrijven

⁹¹ Baarsma & De Nooij 2006b.

⁹² Wilkeshuis 2006, p. 1262-1263.

⁹³ Slot 2006.

⁹⁴ Slot 2006.

⁹⁵ Rb. Den Haag 11 maart 2009, *LJN* BH5468, *LJN* BH5469 en *LJN* BH 5470.

⁹⁶ Rb. Den Haag 11 maart 2009, *LJN* BH5468, *LJN* BH5469 en *LJN* BH 5470.

⁹⁷ Zie paragraaf 2.3.3.2.

circa een miljard euro opgeleverd.⁹⁸ Een zeer opmerkelijke handelwijze van de publieke energiebedrijven. Het waren de provincies en gemeenten die van deze handelwijze de vruchten plukten. Dit staat wat mij betreft op gespannen voet met het uitgangspunt dat overheden het publieke belang van de energiesector zouden moeten dienen. Zij moeten zich niet als deelnemers op de markt begeven om zoveel mogelijk winst te maken en al helemaal niet ten nadele van de schatkist.

Veel *cross border leases* schijnen (de contracten zijn van vertrouwelijke aard) een *change of control* bepaling te bevatten. Dit betekent dat de netten in handen van de publieke aandeelhouders moeten blijven. Als dit niet het geval is, kan sprake zijn van wanprestatie als gevolg van de splitsing waarvoor de betrokken bedrijven aansprakelijk kunnen worden gehouden, hetgeen ze veel geld zou kunnen kosten.⁹⁹ De minister heeft aangegeven dat niet valt te verwachten dat de *cross border leases* door de splitsing niet zullen kunnen worden nagekomen.¹⁰⁰ In Duitsland blijken vanwege de financiële crisis veel gemeenten het schip in te gaan door de gevolgen van de door hen afgesloten *cross border leases* (niet per se terzake van de energiesector).¹⁰¹

Inmiddels is de splitsing een feit en moeten de energiebedrijven uiterlijk per 1 januari 2011 volledig gesplitst zijn. Een aantal bedrijven is al gesplitst en een aantal commerciële delen van deze bedrijven is inmiddels verkocht aan buitenlandse energiebedrijven.

De Europese wetgever heeft inmiddels besloten dat de volledige eigendomssplitsing zoals in Nederland doorgevoerd, in Europa niet verplicht zal worden gesteld. Hoewel de Europese Commissie hiervan een voorstander was, verzetten Duitsland en Frankrijk zich hevig tegen een volledige eigendomssplitsing. Hun nationale giganten zouden dan immers gesplitst moeten worden en dat zagen zij niet zitten. De facto betekent deze ontwikkeling dat de Nederlandse commerciële energiebedrijven worden overgenomen door buitenlandse energiebedrijven die, omdat zij niet hebben hoeven splitsen, over een veel betere marktpositie beschikken. Deze betere marktpositie is het gevolg van de grote waarde die het elektriciteitsnetwerk heeft. Dit is aantrekkelijk voor beleggers vanwege het constante rendement en dit maakt de onderneming kredietwaardiger bij de banken. Inmiddels heeft de Duitse nationale gigant, RWE, het commerciële deel van het Nederlandse Essent overgenomen. De aandelen in de netbeheerder blijven op grond van de wet vooralsnog in publieke handen.¹⁰² Een belangrijk argument voor het behoud van een publiek meerderheidsbelang in netwerkbedrijven is het grote publieke belang dat met dit netwerk gemoeid is. Voorkomen moet worden dat private partijen het netwerk als het ware gaan uitbuiten waardoor de kwaliteit sterk achteruit gaat. Uiteindelijk zal namelijk de overheid ervoor moeten opdraaien als ingrijpen in de infrastructuur noodzakelijk is in verband met het zekerstellen van de energievoorziening omdat de publieke aansprakelijkheid en de daarmee verbonden risico's toch bij de overheid liggen. Dit wordt ook wel '*private profit, public risk*' genoemd dat geldt bij grote publieke infrastructuren.¹⁰³

In het rapport 'Energiekeuzes belicht' wordt het volgende voorbeeld aangehaald: 'Zo moest de Britse overheid uiteindelijk met miljarden over de brug komen om achterstallig onderhoud aan het Britse spoor te repareren, dat ontstaan was omdat het geprivatiseerde bedrijf Railtrack veel te weinig geïnvesteerd had en uiteindelijk (bijna) failliet was gegaan.'

⁹⁸ Zie hierover en uitgebreider: Roggenkamp 2006, p. 392.

⁹⁹ Roggenkamp 2006, p. 392-393.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2004/05*, 28 982, nr. 31, p. 3.

¹⁰¹ 'Der Fluch des schnellen Geldes', *Der Spiegel* 21 februari 2009.

¹⁰² Art. 95 E-wet.

¹⁰³ Knops, De Vries & Correljé 2004, p. 114.

6.5.6 Slotsom

De levering van elektriciteit is essentieel in onze maatschappij omdat veel andere diensten ervan afhankelijk zijn. Het is een bijzonder product is omdat het niet kan worden opgeslagen, hetgeen betekent dat de netwerken permanent beheerd moeten worden. Bovendien is elektriciteit een homogeen goed wat de mogelijkheden om te concurreren op de leveringsmarkt in zekere mate beperkt.

De elektriciteitssector wordt gekenmerkt door bepaalde vormen van marktfalen. Zo is op de transportmarkt per definitie sprake van een natuurlijk monopolie. In de huidige productie- en groothandelsmarkt blijkt sprake van marktmacht en concentratie en op de leveringsmarkt van informatiescheefheid. Sommige vormen van marktfalen kunnen worden opgelost door overheidsingrijpen, anderen door technologische ontwikkelingen.

Hiervoor is gebleken dat de Europese wetgever de keuze heeft gemaakt voor concurrentie op de markt. De nationale wetgever kon hierin geen eigen afweging meer maken. Bij de bespreking van de overige modaliteiten bleek dat concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie om de markt vermoedelijk niet levensvatbaar zouden zijn. Maatstafconcurrentie of benchmarking was een reële optie geweest, maar door de reeds op Europees niveau gemaakte keuze inmiddels achterhaald.

De nationale wetgever had echter wel keuzevrijheid ten aanzien van de vormgeving van deze concurrentiemodaliteit. Er bleken verschillende manieren mogelijk om de onafhankelijkheid van de netbeheerders te waarborgen. De Europese richtlijn verplichtte een juridische scheiding tussen netbeheerder en overige activiteiten. Daarin is de Nederlandse nationale wetgever echter een grote stap verder gegaan dan de eisen die de richtlijn stelde. Niet alleen een juridische scheiding werd in Nederland doorgevoerd, maar ook een verplichte eigendomssplitsing van de energiebedrijven. Dit gebeurde onder hevig protest van de sector. De rechter oordeelde dat deze splitsing niet onrechtmatig was. Gezien de recente privatisering is deze splitsing niet meer terug te draaien.

In Europa zal de splitsing niet worden verplicht. Dit geeft energiebedrijven buiten Nederland een sterkere marktpositie dan de bedrijven die gedwongen worden gesplitst.

6.6 Partijen

6.6.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de belangrijkste partijen die een rol spelen in de elektriciteitssector aan bod. De vraag die wordt beantwoord, is wie welke rol speelt en daarmee in welke mate verantwoordelijkheid draagt in deze sector.

Voor het beantwoorden van de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is deze beschrijving van belang omdat kan worden beoordeeld in hoeverre de wetgever het borgen van publieke belangen uit handen van de overheid geeft en dit houdt een indicatie in van wie de verantwoordelijkheid draagt voor het borgen van publieke belangen.

Er zijn als het ware drie clusters partijen te onderscheiden in elke nutssector. Het gaat hier ten eerste om de overheid in verschillende verschijningsvormen die de sector reguleert (6.6.2), ten tweede om de ondernemingen die de productie, distributie en levering verzorgen (6.6.3) en ten derde om de afnemers van elektriciteit (6.6.4).

6.6.2 Overheid

6.6.2.1 Inleiding

Het reguleren van de elektriciteitssector begint bij de inspanningen van de Europese en de nationale wetgever. Op de elektriciteitsmarkt is verder voor verschillende overheden een belangrijke rol weggelegd. Zowel de minister van Economische Zaken (EZ), als de minister van Financiën en de Energiekamer, de sectorspecifieke marktautoriteit die deel uitmaakt van de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa), als ook provinciale en gemeentelijke overheden spelen belangrijke rollen op de Nederlandse elektriciteitsmarkt. De ministers en de NMa zijn bestuursorganen in de zin van art. 1.1 lid 1 sub a Awb. Zij zijn organen van rechtspersonen die zijn ingesteld krachtens publiekrecht. Dit heeft tot gevolg dat op al hun handelen publiekrechtelijke normen van toepassing zijn.

6.6.2.2 Ministers

De minister van EZ is de verantwoordelijke minister voor het energiebeleid. Dit betekent dat als van een misstand sprake is in de energiesector, de leden van het parlement hem ter verantwoording kunnen roepen en hem kunnen vragen in te grijpen. De verantwoordelijkheid van de minister gaat in de praktijk verder dan zijn eigen bevoegdheden.¹⁰⁴ Bovendien heeft de minister ook invloed waar hij mogelijk geen bevoegdheden heeft.

Wij keren terug naar het eerder aangehaalde voorbeeld van de bonussen die werden uitgedeeld aan topbestuurders van energiebedrijven. De minister werd hierover aangesproken en moest erkennen op dit vlak niet over bevoegdheden te beschikken om in te grijpen. Ook de publieke aandeelhouders konden dit niet. Niettemin werd aan de oproep om van een deel van de beloning afstand te doen, gehoor gegeven. Er ontstond een brede discussie en inmiddels wordt de zogenaamde Balkenende norm in de publieke en semi-publieke sector gehanteerd, die dicteert dat bestuurders niet meer mogen verdienen dan de minister-president.

¹⁰⁴ Zijlstra & Wilkeshuis 2006, p. 9-18.

De minister van EZ draagt verder ministeriële verantwoordelijkheid voor het handelen van de Energiekamer. Sinds de NMa, waar de Energiekamer deel van uitmaakt, is verzelfstandigd is deze verantwoordelijkheid beperkter geworden. De minister kan namelijk niet langer aanwijzingen in individuele gevallen aan de marktautoriteit geven. Wel heeft deze minister nog een aantal afzonderlijke bevoegdheden, waarvan hij er een aantal zelf uitoefent en waarvan hij er een aantal aan de Energiekamer heeft gemandateerd.¹⁰⁵

6.6.2.3 Publieke aandeelhouders

De staat, provincies en gemeenten hebben bovendien in de energiesector de rol van aandeelhouder. De staat is 100% aandeelhouder van TenneT B.V. (TenneT), de landelijke transmissienetbeheerder. Het beheer van de staatsdeelnemingen is sinds 2001 steeds meer aan de verschillende departementen onttrokken en bij de minister van Financiën gecentraliseerd.¹⁰⁶ Verder worden aandelen in energiebedrijven gehouden door gemeentelijke en provinciale overheden. In 2009 is een aantal voorheen publieke energiebedrijven gedeeltelijk geprivatiseerd. De aandelen in de netbeheerders na splitsing blijven vooralsnog in handen van gemeenten en provincies.¹⁰⁷ Het kabinetsbeleid ten aanzien van het borgen van publieke belangen door middel van publiek aandeelhouderschap is in de afgelopen jaren van het ene uiterste naar het andere uiterste gegaan, zoals eerder bleek.¹⁰⁸ Steeds hebben publieke belangen een belangrijke rol gespeeld bij aandeelhouders in de energiebedrijven.

Zo bleek tijdens het publieke debat over de bonussen die topbestuurders van energiebedrijven waren toegekend dat men het schandalig vond dat een publiek bedrijf meewerkte aan de 'graaicultuur'. De aandeelhouders, vertegenwoordigd door gedeputeerden, wethouders etc. en aangemoedigd door de publieke opinie, stonden erop dat de topbestuurders een deel van hun bonus inleverden.

6.6.2.4 Raad van bestuur NMa/Energiekamer¹⁰⁹

In de Elektriciteitsrichtlijn worden Lidstaten verplicht een of meer instanties aan te wijzen, in het Engels de *regulators* genoemd, hier: marktautoriteiten, aan welke bepaalde bevoegdheden worden toegekend.¹¹⁰ In Nederland zijn deze bevoegdheden in hoofdzaak aan de raad van bestuur NMa toegekend, die deze bevoegdheden op grond van de Mededingingswet mandateert aan de Energiekamer.¹¹¹ Hierna zal vooral worden gesproken van de Energiekamer, waar deze in mandaat de bevoegdheden uitoefent.

De Energiekamer moet op grond van de richtlijn onafhankelijk zijn. Het gaat hierbij niet om onafhankelijkheid van de overheid op zich, maar – en dat staat ook letterlijk in de richtlijnen – om onafhankelijkheid van de belangen van de sector.¹¹² Hierbij is wel een complicerende factor dat in de energiewereld de overheid bijvoorbeeld in de hoedanigheid van aandeelhouder

¹⁰⁵ Zie paragraaf 6.7.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr. 2, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 165, nr. 12 en *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 69 (*Nota Deelnemingenbeleid*).

¹⁰⁷ Zie paragraaf 6.5.5.

¹⁰⁸ Zie paragraaf 4.6.4.1.

¹⁰⁹ Voorheen Dienst toezicht en uitvoering energie.

¹¹⁰ Art. 23 Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹¹ Art. 5a lid 4 en 5 Mw.

¹¹² Art. 23 lid 1 Elektriciteitsrichtlijn.

in energiebedrijven ook op de markt een rol speelt. Daar de staat ook aandeelhouder is van TenneT is het van belang dat de Energiekamer niet alleen onafhankelijk is van sectorbelangen maar ook op enige afstand van de politiek staat. De raad van bestuur is een zelfstandig bestuursorgaan. De minister van EZ is niet bevoegd om besluiten van de raad van bestuur te schorsen of te vernietigen.¹¹³ De minister is wel bevoegd beleidsregels voor de Energiekamer vast te stellen en bij ernstige taakverwaarlozing in te grijpen.¹¹⁴

De Energiekamer is verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking op de elektriciteitsmarkt.¹¹⁵ Verder is zij verantwoordelijk voor de vaststelling of de goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting en de toegang tot de nationale netwerken, inclusief de transporttarieven, alsmede de methoden en voorwaarden betreffende de verstrekking van balanceringsdiensten.¹¹⁶

Met balanceringsdiensten worden bedoeld de diensten die worden verricht om ervoor te zorgen dat er altijd voldoende balans is op het elektriciteitsnetwerk. Het is, zoals eerder aan de orde kwam, van belang dat er voortdurend een bepaalde spanning op het netwerk is. Dit houdt in dat op moment dat meer elektriciteit wordt afgenomen dan tevoren was afgesproken tegelijk een centrale moet worden opgeregeld om het netwerk weer in de juiste spanning te brengen.

De Energiekamer is bovendien bevoegd om van netbeheerders te verlangen dat zij de voorwaarden, waaronder tarieven en methoden, wijzigen om ervoor te zorgen dat deze evenredig zijn en op niet-discriminerende wijze worden toegepast.¹¹⁷ Verder is zij bevoegd om als geschillenbeslechter op te treden als er een klacht wordt ingediend door een marktpartij tegen een netbeheerder.¹¹⁸ De Lidstaten moeten ervoor zorgen dat de Energiekamer haar taken doelmatig en onverwijld kan uitvoeren en dat haar geschikte en doelmatige mechanismen ten dienste staan om eventueel misbruik van een machtspositie met name ten nadele van afnemers en eventueel roofzuchtig marktgedrag te voorkomen.¹¹⁹

De raad van bestuur van de NMa is de instantie die in Nederland verantwoordelijk is voor het algemene mededingingstoezicht. Zij ziet *ex post* toe op kartels en misbruik van een economische machtspositie en *ex ante* op voorgenomen concentraties. Sinds 1 juli 2005 is de raad van bestuur van de NMa een zelfstandig bestuursorgaan.¹²⁰ Dit heeft onder andere consequenties voor de bevoegdheden van de minister van Economische Zaken ten opzichte van de Energiekamer, aangezien deze deel uitmaakt van de NMa. Waar de minister voor 1 juli 2005 bevoegd was om aanwijzingen in individuele gevallen te geven mag hij sindsdien slechts algemene aanwijzingen geven in de vorm van beleidsregels.¹²¹ De leden van de raad van bestuur van de NMa worden op voordracht van de minister bij koninklijk besluit benoemd, geschorst en ontslagen.¹²² De minister stelt de bezoldiging en overige rechtspositionele voor-

¹¹³ Art. 2 lid 2 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen jº de Mw.

¹¹⁴ Art. 5f Mw.

¹¹⁵ Art. 23 lid 1 Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹⁶ Art. 23 lid 2 Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹⁷ Art. 23 lid 4 Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹⁸ Art. 23 lid 5 Elektriciteitsrichtlijn.

¹¹⁹ Art. 23 lid 8 Elektriciteitsrichtlijn.

¹²⁰ *Stb.* 2005, 172.

¹²¹ Art. 5d Mw.

¹²² Art. 3 Mw.

waarden van de leden van de raad van bestuur vast.¹²³ Verder moet de Minister het bestuursreglement goedkeuren¹²⁴, alsmede de mandaatregeling betreffende het mandaat aan het personeel.¹²⁵ Dit omvat ook het algemene mandaat van de raad van bestuur NMa aan de Energiekamer. Een bevoegdheid die de minister heeft behouden, is de goedkeuring van het handhavingsplan van de Energiekamer.¹²⁶ Dit handhavingsplan is een beleidsnota. Hierin staan de toezichthoudende taken van de Energiekamer beschreven en op welke wijze zij voornemens is de handhavingsinstrumenten die haar ter beschikking staan, in te zetten.

In 2003 is door de Europese Commissie een *'European regulators group'* van onafhankelijke marktautoriteiten opgericht die de Europese Commissie assisteert in het realiseren van een interne markt voor elektriciteit en voor gas.¹²⁷ De Europese commissie beoogt de samenwerking en coördinatie op het gebied van regulering een officiële status te geven, om de voltooiing van de interne energiemarkt te vergemakkelijken en met het oog op de komende toetreding van nieuwe lidstaten. De Europese groep van de marktautoriteiten voor elektriciteit en gas moet worden opgericht, overleg, coördinatie en samenwerking tussen de marktautoriteiten in de lidstaten en tussen deze instanties en de commissie te vergemakkelijken, met het oog op consolideren van de interne markt en een consistente toepassing van de richtlijnen in alle lidstaten.¹²⁸ Op eigen initiatief of op verzoek van de commissie adviseert en assisteert de groep de commissie bij de consolidering van de interne energiemarkt, met name bij de opstelling van ontwerpuitvoering op het gebied van elektriciteit en gas en m.b.t. alle aanlegenheden in verband met de interne markt voor gas en elektriciteit.¹²⁹ Aan deze Europese netwerken voor marktautoriteiten voor de energiesector kleef een aantal problemen bij de democratische en juridische controle en verantwoording.¹³⁰

De belangrijkste bevoegdheden van de Energiekamer zijn het reguleren van de energiemarkt en het houden van toezicht op de markt. Dit doet zij door het verlenen van vergunningen aan energieleveranciers om te mogen leveren aan kleinverbruikers, het vaststellen of goedkeuren van tarieven en voorwaarden voor de toegang tot netwerken, het beschermen van afnemers tegen onredelijke tarieven en voorwaarden op de vrije leveringsmarkt, het houden van nalevingstoezicht en handhavingstoezicht, het vaststellen van technische codes en het bevorderen van transparantie. Op de instrumenten die de Energiekamer ter beschikking staan om deze bevoegdheden uit te oefenen, wordt later uitgebreid ingegaan.¹³¹

6.6.3 Ondernemingen

6.6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de energiebedrijven. Eerst wordt ingegaan op de energiebedrijven in het algemeen waarna de verschillende functies afzonderlijk zullen worden

¹²³ Art. 4a Mw.

¹²⁴ Art. 4b lid 2 Mw.

¹²⁵ Art. 5a lid 6 Mw.

¹²⁶ Art. 5b E-wet.

¹²⁷ Besluit 2003/796/EG van de Commissie tot oprichting van de Europese groep van regelgevende instanties voor elektriciteit en gas.

¹²⁸ Preambule onder (5) en (6) COM 2003/0796/EG.

¹²⁹ Art. 1 lid 2 (COM 2003/0796/EG).

¹³⁰ Lavrijssen-Heijmans & Hancher 2007, p. 454-458 en Lavrijssen-Heijmans 2006, hoofdstuk 9.

¹³¹ Zie paragraaf 6.7.

behandeld. Zoals eerder aan de orde kwam, is er een privatisering in de energiesector gaande. Na splitsing verkoopt een aantal publieke aandeelhouders de producenten en leveranciers, terwijl zij de aandelen in de netbeheerder behouden.

Tot voor kort waren Nuon, Essent, Eneco energie en Delta de vier marktleiders in de energiesector. Inmiddels is het commerciële deel (levering en productie) van Essent overgenomen door het Duitse RWE en staat het commerciële deel van Nuon in 2009 op het punt overgenomen te worden door het Zweedse Vattenfall. Ook Eneco staat te koop. De verkoop zal de publieke aandeelhouders geen windeieren leggen. De bedragen lopen in de miljarden.¹³²

De meeste energiebedrijven zijn niet alleen horizontaal maar ook verticaal geïntegreerd. Dit houdt in dat verschillende opeenvolgende diensten in het proces door één onderneming worden verricht. Voor elektriciteit betekent dit bijvoorbeeld dat producent, leverancier, meetbedrijf én netbeheerder in één holding kunnen zijn verenigd of na de splitsing in ieder geval producent, leverancier en meetbedrijf.

De wetgever stelt verschillende regels ten aanzien van de verschillende functies van energiebedrijven. Er gelden verschillende regels specifiek ten aanzien van de netbeheerder, die het transport verzorgt, de leverancier, die het energieproduct levert aan de eindafnemer en ten slotte het meetbedrijf. Hierna zal dan ook worden ingegaan op deze functies.

6.6.3.2 Netbeheerder

De spilfunctie wordt vervuld door de netbeheerder. Op grond van de Europese richtlijnen moet degene aan wie een elektriciteitsnetwerk toebehoort een separate netbeheerder aanwijzen.¹³³ Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen een landelijk transmissienet en regionale netwerken, distributienetten genoemd, die op elkaar zijn aangesloten. Het landelijk net wordt beheerd door een landelijk netbeheerder, oftewel transmissienetbeheerder, en de regionale netten door een distributienetbeheerder. Het transmissienet is bedoeld voor het transport van elektriciteit en gas over grotere afstanden en verbindt de distributienetten met elkaar. Het distributienet is bedoeld voor het transporteren van energie naar de consumenten. Voor de elektriciteitssector is er in Nederland één landelijk netbeheerder van het hoogspanningsnet, TenneT B.V., de transmissienetbeheerder. TenneT is verantwoordelijk voor het handhaven van de systeembalans. Iedere marktpartij moet ervoor zorgen dat er evenveel wordt geproduceerd als er afgenomen wordt.

Daarnaast zijn er de beheerders van de regionale elektriciteitsnetwerken, de distributienetbeheerders. Om ervoor te zorgen dat de netbeheerder inderdaad aan derden toegang verleent tot het netwerk tegen redelijke en gelijke tarieven en voorwaarden, is dit deel van de sector het zwaarst gereguleerd. De taken en verplichtingen van de netbeheerders staan uitgebreid opgesomd in de wet, waaronder een verbod om goederen of diensten waarmee zij in concurrentie treden te leveren en een verplichting om een ieder die daarom vraagt een aansluiting op het netwerk te geven en voor een ieder die daarom vraagt transport te verrichten.¹³⁴ Het is belangrijk op te merken dat de netbeheerder een veelheid aan publiekrechtelijke taken heeft op grond van de wet, maar geen publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent. Dit heeft tot gevolg dat de netbeheerder geen bestuursorgaan is omdat hij geen openbaar gezag uitoefent in de zin van art. 1:1 lid 1 sub b Awb. Een regionale netbeheerder voert dus publiekrechtelijke taken uit maar heeft geen publiekrechtelijke bevoegdheden. TenneT functioneert

¹³² 'Nuon kiest voor "groene" Vattenfall', *Volkscrant* 25 april 2009.

¹³³ Art. 8 Elektriciteitsrichtlijn en art. 10 E-wet.

¹³⁴ Art. 23 E-wet.

net als de regionale netbeheerders als onderneming met wettelijke taken.¹³⁵ De distributienetbeheerders moeten over de economische eigendom van het door hen beheerde netwerk beschikken; voor TenneT geldt deze bepaling niet.¹³⁶ Dit wordt ook wel de zogenaamde 'vette netbeheerder' genoemd. De netbeheerder heeft dan niet alleen de blote eigendom van het netwerk, maar is ook rechthebbende op de opbrengst ervan.

Het begrip 'economische eigendom' is geen vaststaand juridisch begrip. De economische eigenaar verwerft niet de juridische eigendom maar uitsluitend het recht op de gebruikswaarde van het goed.¹³⁷ In juridische zin zijn er bepaalde figuren waarmee het beschikken over de economische eigendom van een onroerend goed kan worden bereikt, zoals erfpacht of lease.

Toen de netbeheerder nog deel uitmaakte van een holding was in veel gevallen sprake van een zogenaamde 'magere netbeheerder', die al zijn personeel en materieel van een zusterbedrijf leent en alleen een eigen raad van bestuur kent. Deze constructie is voor de Energiekamer veel moeilijker controleerbaar.

Voor netbeheerders zijn bepaalde bepalingen van het structuurregime in energiewetten van toepassing verklaard. Zo moet een raad van commissarissen worden aangesteld en moeten bepaalde bestuursbesluiten door deze raad worden goedgekeurd.¹³⁸ De landelijk beheerder van het elektriciteitsnet is nagenoeg volledig onder het structuurregime gebracht.¹³⁹

6.6.3.3 Leverancier

Voor levering geldt, zoals reeds besproken, dat alle afnemers sinds 1 juli 2004 vrij zijn om hun leverancier te kiezen. Voor leveranciers geldt dat zij moeten beschikken over een leveringsvergunning om te mogen leveren aan kleinverbruikers. De toetreding tot de markt is dus niet vrij. Deze leveringsvergunning brengt (onder meer) een plicht om te leveren met zich mee en een plicht om een redelijk tarief te hanteren.¹⁴⁰ Op de grootverbruikersmarkt zijn de leveranciers wel volledig vrij om hun afnemers te contracteren. Leveranciers kunnen dus met elkaar in concurrentie treden. Er blijkt echter een vrij kleine marge te zijn voor daadwerkelijke concurrentie, aangezien een groot deel van de prijs voor elektriciteit uit belastingen is opgebouwd.

Het gaat om energiebelasting en om BTW over de elektriciteitsrekening. Het aandeel van de belasting in de elektriciteitsrekening is zo'n 44%. Toch is er volgens de Energiekamer een besparingspotentieel bij elektriciteit. Door over te stappen van een gemiddelde naar de goedkoopste leverancier, zou een gemiddeld huishouden in 2006 € 35,- op jaarbasis kunnen besparen.¹⁴¹ Dit komt neer op minder dan € 3,- per maand. Groot kan dit besparingspotentieel niet genoemd worden.

Sinds 2004 is een flink aantal nieuwe leveranciers toegetreden tot de markt die verder geen productie of netbeheer verzorgen. Zij kopen van producenten grote hoeveelheden energie in

¹³⁵ Eerder verrichte een dochteronderneming van TenneT wel publiekrechtelijke taken, namelijk het verlenen van subsidies.

¹³⁶ Art. 10a E-wet.

¹³⁷ Kanning, De Bijl & Van Damme 2004, p. 8. Huijgen hanteert een uitgebreidere definitie in Huijgen 1995, p. 12.

¹³⁸ Art. 11 E-wet.

¹³⁹ Art. 11a E-wet.

¹⁴⁰ Zie paragraaf 3.7.4.

¹⁴¹ Energiekamer NMa, *Marktmonitor Nederlandse kleinverbruikersmarkt voor elektriciteit en gas (juli 2007- juni 2008)*, <www.energiekamer.nl>, 2008, p. 24.

en leveren deze door aan afnemers en proberen ondertussen zo min mogelijk administratieve kosten te maken door bijvoorbeeld volledig via internet te opereren. Eind juni 2008 waren er achtendertig leveranciers in het bezit van een leveringsvergunning. Het aantal onafhankelijke spelers (moedermaatschappijen) is op de leveringsmarkt voor elektriciteit eenentwintig. Dit betekent een daling ten opzichte van 2007 veroorzaakt door overnames.¹⁴²

6.6.3.4 *Producent en handelaar*

Toegang tot de markt van het opwekken van elektriciteit is niet afhankelijk van voorafgaande overheidstoestemming. De vergunningverlening op grond van de Wet op de ruimtelijke ordening voor de bouw of uitbreiding van een productie-installatie wordt door de minister van EZ gecoördineerd.¹⁴³ Als de minister van EZ van oordeel is dat er onvoldoende productie-installaties worden gebouwd, kan hij een aanbestedingsprocedure starten voor het bouwen van nieuwe capaciteit.¹⁴⁴ Ook een handelaar is niet afhankelijk van voorafgaande overheids-toestemming maar wel onderworpen aan verschillende normen op grond van de Elektriciteitswet 1998.

6.6.3.5 *Meetbedrijf*

De meetbedrijven zijn aparte ondernemingen die met elkaar concurreren op de energiemarkt. De meetbedrijven worden gecertificeerd door TenneT B.V. Zonder deze certificering mag het meetbedrijf niet meten. De consument merkt vaak weinig van deze concurrentie omdat in het contract met de leverancier is geregeld dat deze het meetbedrijf inschakelt. Uit onderzoek blijkt dat er onvoldoende concurrentie is op de metermarkt. De prijzen zijn sinds de liberalisering met 57% gestegen.

6.6.4 *Consument*

De hoofdreden van de liberalisering was ervoor te zorgen dat energiebedrijven efficiënter zouden gaan werken waardoor consumenten van een goede prijs/kwaliteitverhouding konden profiteren. Door scherpe concurrentie zouden de prijzen dalen en zou de kwaliteit van de dienstverlening stijgen terwijl ondertussen de (kwetsbare) consument extra wordt beschermd en veel aandacht wordt besteed aan de leverings- en voorzieningszekerheid. Uit Europabreed onderzoek is inmiddels gebleken dat de liberalisering van de energiemarkt onvoldoende heeft opgeleverd voor de consument.¹⁴⁵

Van de kleinverbruikers blijkt in de praktijk slechts een zeer klein aandeel te zijn 'geswitcht' van hun oude naar een andere leverancier, dit ondanks de uitgebreide reclame bombardementen van verschillende leveranciers. Op de zakelijke markt van grootverbruikers is de liberalisering een groter succes en daar blijkt ook dat de prijzen zijn gedaald. De vraag is of de wens om zelf te kiezen van de kleinverbruiker bij de inzet van de liberalisering niet enorm is overschat. Het is de vraag of mensen wel tijd willen besteden aan het kiezen van de goedkoopste energieleverancier.

¹⁴² Energiekamer NMa 2008, p. 12.

¹⁴³ Art. gb-d E-wet.

¹⁴⁴ Art. 9a E-wet en art. 7 Elektriciteitsrichtlijn.

¹⁴⁵ The European Consumers Organisation, *The EU energy markets after the liberalisation: Consumers still waiting to reap the full benefits* 2008, www.beuc.org.

Consumenten werden lange tijd ook afgeschrikt vanwege de administratieve problemen die in de praktijk bleken te ontstaan na het switchen van leverancier.¹⁴⁶ Lange tijd was het bovendien zeer lastig voor Nederlandse consumenten om een adequate vergelijking tussen de energiebedrijven te maken. Zelfs het vergelijken van de prijzen was wegens een gebrek aan uniformiteit complex. Inmiddels zijn er verschillende particuliere (onafhankelijke) prijsvergelijkingsites.¹⁴⁷ Daarnaast heeft de Energiekamer een site geïntroduceerd waarop consumenten de ondernemingen kunnen vergelijken op andere kenmerken dan de prijs zoals klantvriendelijkheid en de tijdigheid van facturering.¹⁴⁸

Over de hele linie is de sector voor de consument een stuk complexer geworden. De consument heeft eigenlijk vijf contracten: een aansluit- en transportovereenkomst, een leveringsovereenkomst, een overeenkomst over zijn programmaverantwoordelijkheid, een meetovereenkomst en tot slot eventueel een overeenkomst over groene stroom.¹⁴⁹ Een deel van de contractvrijheid wordt echter weer overgedragen aan de leverancier. Daarom merkt de consument niet zoveel van al deze contracten. De leverancier zorgt tevens voor het contract met de netbeheerder, het meetbedrijf en de programmaverantwoordelijke.¹⁵⁰

Verder is momenteel een wetsvoorstel aanhangig dat de belemmeringen bij het overstappen naar een andere leverancier moet wegnemen. De minister wil door het vastleggen van de verantwoordelijkheden van de netbeheerder enerzijds en de leverancier anderzijds bewerkstelligen dat de consument met klachten over de rekening altijd terecht kan bij de leverancier.¹⁵¹

6.6.5 Slotsom

Vroeger was sprake van volledig geïntegreerde energiebedrijven onder volledige overheidsinvloed, waarbij de consument niks had te kiezen omdat hij volledig was gebonden aan het betrokken bedrijf.¹⁵² Uit het voorgaande blijkt dat dit beeld nu geheel anders is. Er is niet langsprake van volledige overheidsinvloed, er zijn verschillende soorten bedrijven die ook op verschillende wijze worden gereguleerd. Dit betekent dat meer en bewuster moet worden gecommuniceerd en informatie moet worden uitgewisseld omdat de elektriciteitssector uiteindelijk draait om één infrastructuur, waarop de balans zeer precies gehandhaafd moet worden. Waar in de tijd van de Sep in onderling overleg centraal werd gepland, heeft nu ieder bedrijf zijn eigen verantwoordelijkheden en plichten. Het navolgen hiervan levert niet per definitie synergie op.

Inmiddels heeft de consument meerdere overeenkomsten waar hij daarvoor één *all in*-contract had en heeft hij nu het recht om een keuze te maken van wie hij elektriciteit wil betrekken. Ook bij de consument is daarom sprake van een informatiebehoefte. Gelet op het geringe aantal consumenten dat voor een andere elektriciteitsleverancier heeft gekozen, is het gerechtvaardigd de vraag te stellen of deze consument – waar het uiteindelijk om draait bij liberalisering – eigenlijk wel behoefte heeft en bereid is om te kiezen. Het lijkt in het beleid

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2004/05, 28 982, nr. 44.*

¹⁴⁷ Zie bijvoorbeeld: <www.gaslicht.com>.

¹⁴⁸ <www.consuwijzer.nl> en dan naar energie.

¹⁴⁹ Knops 2004, p. 24.

¹⁵⁰ Knops 2004, p. 24.

¹⁵¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31 374, nr. 3, p. 2.*

¹⁵² Zie paragraaf 5.2.1-5.2.2.

een vanzelfsprekend uitgangspunt te zijn geweest, hoewel het een kernpunt is van het kunnen falen of slagen van een liberaliseringsoperatie.

De verantwoordelijkheid voor het borgen van publieke belangen in de elektriciteitssector is nu verdeeld over overheid en markt. De verantwoordelijkheidsverdeling verschilt sterk per deelsector. Inzake de levering van elektriciteit, kan worden geconcludeerd dat het zwaartepunt bij de markt ligt. De consument kan op deze markt kiezen en de leverancier concurreert. De Energiekamer houdt toezicht op deze markt. Ook bij de productie van energie ligt het zwaartepunt aan de kant van de markt. De producenten hebben geen specifieke vergunning nodig om energie te winnen. De verantwoordelijkheid voor de netwerken en het transport van elektriciteit ligt volledig bij de overheid.

6.7 Instrumenten

6.7.1 Inleiding

Hierna wordt de vraag beantwoord welke de beschikbare instrumenten in de elektriciteitssector zijn. Voor het beantwoorden van de hoofdvraag van dit hoofdstuk is het van belang om te bezien in hoeverre deze instrumenten de publieke belangen kunnen borgen. Zijn er voldoende instrumenten en zijn het er niet teveel gelet op de te borgen publieke belangen? Zijn het geschikte instrumenten gelet op de gekozen concurrentiemodaliteit? Bieden ze voldoende grip om de vastgestelde publieke belangen te borgen of wordt veel vrijheid uit handen gegeven en zo ja aan wie? In hoeverre is de inzet van de instrumenten democratisch gelegitimeerd? Zijn er voor de overheid daarmee geschikte instrumenten beschikbaar om in te grijpen als er iets misgaat in de elektriciteitssector? Deze vragen zijn van belang voor de vraag of en in hoeverre met de beschikbare instrumenten de vastgestelde publieke belangen kunnen worden geborgd.

6.7.2 Regulering tarieven transport

In hoofdstuk 4 is reeds ingegaan op de achtergrond van tariefregulering inzake derdentoe-gang (*third party acces*).¹⁵³ Hier wordt beschreven hoe hiermee in de elektriciteitssector wordt omgegaan.

De minister stelt regels met betrekking tot de tariefstructuren en de voorwaarden waartegen afnemers worden aangesloten op het netwerk en transport van elektriciteit wordt verricht.¹⁵⁴ De gezamenlijke netbeheerders sturen met inachtneming van deze regels, en na overleg met representatieve organisaties, een voorstel voor de tariefstructuren en voorwaarden aan de Energiekamer.¹⁵⁵ De Energiekamer stelt deze uiteindelijk vast.¹⁵⁶ Het besluit in de zin van art. 1:3 Awb waarin de tariefstructuren worden vastgesteld, wordt de Tarievenscode genoemd.¹⁵⁷

Iedere netbeheerder zendt jaarlijks voor 1 oktober een voorstel voor de door hem te hanteren transport- en aansluittarieven.¹⁵⁸ Het voorstel ziet op maximumtarieven en moet in overeenstemming zijn met de hiervoor genoemde Tarievenscode. De tarieven worden uiteindelijk vastgesteld door de Energiekamer en kunnen per netbeheerder verschillen.¹⁵⁹ Ook de vaststelling van de tarieven zelf is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb.

De Energiekamer moet de tarieven vaststellen met inachtneming van 'het belang dat door middel van marktwerking ten behoeve van afnemers de doelmatigheid van de bedrijfsvoering en de meest doelmatige kwaliteit van het transport worden bevorderd'.¹⁶⁰ De tarieven moeten worden vastgesteld met behulp van de zgn. price-cap formule. Deze formule gaat uit van een doelmatigheidskorting.¹⁶¹ De gedachte achter deze korting is dat door gere-

¹⁵³ Zie paragraaf 4.3.4.2.

¹⁵⁴ Art. 26b E-wet j^o Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden Elektriciteit, *Stcrt.* 2005, 9, p. 11.

¹⁵⁵ Art. 27 en 33 E-wet.

¹⁵⁶ Art. 36 E-wet.

¹⁵⁷ Deze Tarievenscode kan worden geraadpleegd op <www.nma-dte.nl>.

¹⁵⁸ Art. 41b E-wet.

¹⁵⁹ Art. 41c lid 1 E-wet.

¹⁶⁰ Art. 41 lid 1 E-wet.

¹⁶¹ Art. 41a E-wet.

guleerde netbeheerders die over een natuurlijk monopolie beschikken en derhalve geen concurrentie ondervinden, efficiencywinsten behaald kunnen worden. De korting fungeert als prikkel voor de netbeheerders om toch te komen tot een zo doelmatig mogelijke bedrijfsvoering.

Een cruciaal uitgangspunt van de vaststelling van de transporttarieven is het 'postzegeltarief'. Dit houdt in dat transporttarieven onafhankelijk zijn van bepaalde kenmerken van elektriciteitstransacties, zoals de afstand en de termijn ervan. Een ander belangrijk uitgangspunt is het 'cascadestelsel', dat is gebaseerd op het kostenveroorzakingsbeginsel. Om elektriciteit te transporteren wordt gebruik gemaakt van verschillende spanningsniveaus, de zogenaamde transporttrappen. Het cascadestelsel houdt kort gezegd in dat in het tarief voor iedere transporttrap mede zijn begrepen de tarieven voor het transport van elektriciteit over de hogere transporttrappen. Zo brengt dit stelsel tot uitdrukking dat voor de aflevering van elektriciteit op een bepaald spanningsniveau de andere spanningsniveaus ook nodig waren.¹⁶²

De transporttarieven worden vooraf vastgesteld door de Energiekamer op grond van regels die door de minister zijn vastgesteld. Deze tarieven worden dus volledig door de overheid bepaald.

De kosten van het transport van elektriciteit worden derhalve volledig beheerst door de Energiekamer. Deze marktautoriteit staat wel op enige afstand van de minister hetgeen in casu betekent dat de minister niet kan ingrijpen als zij van mening is dat de transporttarieven op onjuiste wijze zijn vastgesteld. Door deze tarieven vast te stellen, kan de Energiekamer het publieke belang van een redelijke prijs van elektriciteitstransport borgen.

6.7.3 Aansluitplicht netbeheerder

De netbeheerders zijn gehouden een ieder die daarom verzoekt aan te sluiten op het elektriciteitsnetwerk.¹⁶³ Deze aansluitplicht kan worden gehandhaafd door de Energiekamer (raad van bestuur Nma) door het opleggen van een last onder dwangsom en/of het opleggen van een bestuurlijke boete die maximaal 10% van de omzet van de netbeheerder bedraagt.¹⁶⁴ Door middel van deze verplichting alsmede de handhaving ervan, kan het publieke belang van de toegang tot het transport van elektriciteit geborgd worden.

6.7.4 Leveringsvergunning

Eén van de instrumenten die worden ingezet om de toegang tot de markt te reguleren, is de vergunning om elektriciteit te mogen leveren aan zogenaamde kleinverbruikers.¹⁶⁵ Zonder dat men over deze vergunning beschikt, is het verboden om gas of elektriciteit te leveren aan kleinverbruikers.¹⁶⁶ Het overtreden van bepalingen betreffende de leveringsvergunning kan worden gehandhaafd door de Energiekamer door het opleggen van een bestuurlijke boete en/of een last onder dwangsom en door het intrekken van de vergunning.¹⁶⁷

¹⁶² *Kamerstukken II 1998/99, 26 203, nr. 3, p. 22.*

¹⁶³ Art. 23 E-wet.

¹⁶⁴ Artt. 77h lid 1 en 77i lid 1 sub b E-wet.

¹⁶⁵ Art. 95d E-wet en Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers, *Stb.* 2003, 234.

¹⁶⁶ Art. 95a E-wet.

¹⁶⁷ Art. 77h en i en 95f E-wet.

Op grond van de Europese richtlijnen zijn de Lidstaten verplicht om te waarborgen dat in ieder geval huishoudelijke afnemers aanspraak kunnen maken op universele dienstverlening, dat wil zeggen het recht op levering van gas en elektriciteit van een bepaalde kwaliteit tegen redelijke, eenvoudig en duidelijk vergelijkbare en doorzichtige prijzen op hun grondgebied. De Nederlandse wetgever heeft gekozen om uit te gaan van kleinverbruikers. Dit zijn afnemers die beschikken over een aansluiting op een elektriciteitsnet met een maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 A.¹⁶⁸

De aanvraag om deze vergunning moet worden ingediend bij de Energiekamer en wordt verleend door de minister.¹⁶⁹ De minister heeft de bevoegdheid om de vergunning te verlenen gemandateerd aan de Energiekamer.¹⁷⁰ Hoewel de minister verantwoordelijk blijft voor het besluit wordt de vergunningverlening dus volledig afgehandeld door de Energiekamer. Dit geldt ook voor de behandeling van bezwaarschriften. Dit laatste is opmerkelijk aangezien de Awb verbiedt om mandaat tot het beslissen op een bezwaarschrift aan degene te verlenen die het besluit waartegen het bezwaar is gericht krachtens mandaat heeft genomen.¹⁷¹ In een ministeriële regeling zoals deze kan niet rechtsgeldig van dwingendrechtelijke bepalingen van de Awb worden afgeweken. Strikt genomen worden de beslissingen op bezwaar derhalve niet door een bevoegd orgaan genomen.

Om deze vergunning te krijgen moet een leverancier aan bepaalde eisen voldoen. Hij moet aantonen dat hij beschikt over de benodigde organisatorische, financiële en technische kwaliteiten voor een goede uitvoering van zijn taak en dat hij redelijkerwijs in staat kan worden geacht de verplichtingen die gelden op grond van de Elektriciteitswet na te komen.¹⁷² Dit zijn geen zeer zware of gedetailleerde eisen. De belangrijkste van deze verplichtingen is de leveringsplicht. Een leverancier is gehouden om tegen redelijke voorwaarden en tarieven energie te leveren aan iedere kleinverbruiker die daarom vraagt.¹⁷³ Verder is de leverancier verplicht om jaarlijks en vier weken voor een wijziging van de tarieven en voorwaarden de Energiekamer daarover te informeren. De Energiekamer kan een maximumtarief vaststellen als zij het door de vergunninghouder gehanteerde tarief onredelijk vindt.¹⁷⁴

Er gelden verplichtingen bij het aanbieden en aangaan van overeenkomsten, zoals verbod op misleidende en oneerlijke verkoopmethoden,¹⁷⁵ het scheppen van duidelijkheid door de leverancier over de contractvoorwaarden,¹⁷⁶ het verschaffen van bepaalde informatie¹⁷⁷ en het opnemen van bepaalde informatie in de overeenkomst.¹⁷⁸ Daarnaast gelden er ook verplichtingen als de overeenkomst is gesloten. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om het voorleggen van geschillen aan een onafhankelijke geschillencommissie¹⁷⁹ en bepaalde informatieverplichtingen van de leverancier.¹⁸⁰

¹⁶⁸ Art. 95a E-wet.

¹⁶⁹ Art. 2 lid 1 Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers en art. 95d E-wet.

¹⁷⁰ Art. 2 lid 1 sub a Besluit mandaat volmacht en machtiging raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Stcrt.* 2005, 126, p. 13.

¹⁷¹ Art. 10:3 lid 3 Awb.

¹⁷² Art. 95d E-wet.

¹⁷³ Art. 95b lid 1 E-wet.

¹⁷⁴ Art. 95b lid 2 en 3 E-wet.

¹⁷⁵ Artt. 95m lid 1 jº lid 6 en 7 E-wet.

¹⁷⁶ Art. 95m lid 2 E-wet.

¹⁷⁷ Art. 7 Regeling afnemers en monitoring E-wet en Gaswet, *Stcrt.* 2004, 132, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2005, 114.

¹⁷⁸ Art. 2 Regeling afnemers en monitoring E-wet en Gaswet.

¹⁷⁹ Art. 6 Regeling afnemers en monitoring E-wet en Gaswet en art. 3 lid 2 sub d jº. art. 2 lid 2 sub f Besluit vergunning levering elektriciteit aan kleinverbruikers.

Verder kan de kleinverbruiker de leveringsovereenkomst te allen tijde met inachtneming van een opzegtermijn van dertig dagen beëindigen en kan de leverancier bij tussentijdse beëindiging van een contract voor bepaalde tijd een redelijke vergoeding bedingen. Dit kan niet bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁸¹ Tot slot gelden er nog informatieverplichtingen voor de leverancier jegens de Energiekamer.¹⁸² Het voorgaande is geen limitatieve opsomming van de verplichtingen van de leverancier aan kleinverbruikers. De opsomming geeft een indicatie van de intensiteit van regulering waar de leverancier aan kleinverbruikers mee te maken krijgt.

De Europese richtlijnen verplichten de lidstaten om te waarborgen dat kleinverbruikers aanspraak kunnen maken op universele dienstverlening en om eindafnemers te beschermen, maar laten de lidstaten vrij in de keuze van de middelen om deze doelen te bereiken.¹⁸³ Nederland heeft gekozen voor de leveringsvergunning met daaraan verbonden de leveringsplicht. Deze leveringsplicht betekent dat leveranciers op de kleinverbruikersmarkt geen keuze hebben aan wie ze wensen te leveren. Ze zijn gehouden aan een ieder te leveren die daarom vraagt. Het doel achter deze regeling is het waarborgen van de leveringszekerheid. Hier prevaleert in de ogen van de wetgever het publieke belang van leveringszekerheid boven het publieke belang van goede marktwerking. De vergunning heeft immers een drempelverhogend effect voor toetreding tot de markt. De keuze door de Nederlandse wetgever is gemaakt voor een vergunningstelsel terwijl alternatieven denkbaar zijn om ervoor te zorgen dat consumenten altijd aanspraak kunnen maken op stroom. Men zou kunnen denken aan een staatsbedrijf dat consumenten die wegens gebrek aan solvabiliteit niet worden geaccepteerd bij een reguliere energieleverancier, voorziet van stroom.

Daarnaast bleek dat een vergunning een instrument is dat voor de hand ligt wanneer maatwerk aangewezen is. Er is eigenlijk geen sprake van maatwerk bij het verlenen van de vergunning: voor alle leveranciers gelden dezelfde voorschriften en voorwaarden. Door de vergunning kan de Energiekamer nauwlettend alle leveranciers in de gaten houden. Hiervoor is een vergunning mijns inziens niet noodzakelijk. Verder wordt de vergunning vooral gebruikt om verplichtingen op te leggen. Een alternatief voor een vergunningsstelsel kan een meldplicht zijn, waarbij toetreders tot de markt gehouden zijn te melden dat zij toetreden en bewijzen dat zij aan de voorwaarden voor toetreding voldoen. Vervolgens kunnen dan alle verplichtingen door algemene regels gelden voor alle leveranciers.

Er treedt een probleem op als een leverancier failliet gaat of de leveringsvergunning wordt ingetrokken (om welke reden dan ook). De leverancier kan niet langer leveren, maar er zijn nog wel consumenten die een contract met deze leverancier hebben. Na het faillissement van Energy XS in 2003 met alle gevolgen van dien voor diens afnemers, is voor deze situatie een regeling tot stand gekomen. TenneT is gehouden om een 'noodleverancier' aan te wijzen. Hij coördineert de verdeling van de kleinverbruikers die een contract hadden over de andere vergunninghouders en geeft daartoe aanwijzingen aan de netbeheerders.¹⁸⁴

Door middel van deze vergunning en de handhaving ervan kan een aantal publieke belangen worden geborgd. Ten eerste wordt een elektriciteitsleverancier aan een toets onderworpen om de vergunning te krijgen. Hierbij wordt de kredietwaardigheid van de onderneming getoetst. Daarnaast is aan de vergunning een leveringsplicht verbonden. Dit komt ten goede aan de leveringszekerheid voor de consument, hoewel niet kan worden gezegd dat

¹⁸⁰ Art. 95m lid 3, E-wet en art. 4 lid 1 Regeling afnemers en monitoring E-wet.

¹⁸¹ Art. 95m lid 8 E-wet.

¹⁸² Art. 95b lid 2 E-wet.

¹⁸³ Art. 3 lid 3 en 5 Elektriciteitsrichtlijn.

¹⁸⁴ Art. 2 lid 6 Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998.

deze met uitsluitend de vergunning volledig geborgd kan worden. Op een later moment dan de vergunningverlening kan de leverancier immers in een financieel slechtere positie geraken. Daarnaast kan met de handhaving van de vergunningvoorwaarden de prijs van de levering van elektriciteit worden geborgd. De Energiekamer kan immers ingrijpen door het stellen van een maximumtarief als blijkt dat een leverancier geen redelijke prijzen hanteren.

6.7.5 Informatie

In de elektriciteitssector wordt veel informatie uitgewisseld tussen de ondernemingen en de Energiekamer en de minister. De belangrijkste informatieverplichtingen worden hier kort besproken. Een producent, een netbeheerder, een leverancier, een handelaar of een afnemer is verplicht om op verzoek binnen een redelijke termijn aan de raad van bestuur van de NMa de gegevens en inlichtingen te verschaffen die hij nodig heeft voor uitvoering van de taken die hij heeft op grond van de Elektriciteitswet.¹⁸⁵ De minister brengt vierjaarlijks een energierapport uit waarin hij ingaat op de internationale ontwikkelingen op de energiemarkt en het energiebeleid voor de komende jaren uitstippelt.¹⁸⁶ Verder brengt hij jaarlijks een verslag uit over het evenwicht van vraag en aanbod op de nationale markt, het niveau van de verwachte toekomstige vraag, de geplande of in aanbouw zijnde extra productie- of netwerkcapaciteit, de kwaliteit en staat van onderhoud van de netten, en de maatregelen in geval van piekbelasting of het in gebreke blijven van een of meerdere leveranciers.¹⁸⁷ Dit verslag wordt in nauwe samenwerking met TenneT opgesteld.¹⁸⁸ Om het jaarlijks verslag op te stellen maakt de minister (in ieder geval) gebruik van de documenten en de rapportages van de netbeheerders aan de Energiekamer.¹⁸⁹

Verder is de leverancier op grond van de wet en de richtlijn informatie verschuldigd aan de afnemer. Zo draagt hij zorg voor een stroometiket, waarin wordt aangegeven welke energiebronnen zijn gebruikt voor het opwekken van de elektriciteit en welke milieugevolgen dit heeft (welke informatie hij weer betreft van de handelaar of producent).¹⁹⁰ Verder heeft de leverancier informatieverplichtingen jegens de afnemer over (onder meer) de gehanteerde voorwaarden en tarieven en de rechten die de afnemer heeft op grond van de vergunning.¹⁹¹ Een contract dat is gesloten in strijd met deze eisen is vernietigbaar.¹⁹²

Deze informatieplichten kunnen een rol spelen ten aanzien van het borgen van meerdere publieke belangen.

6.7.6 Aanwijzing andere netbeheerder/stille curator

Als de aanwijzing van een netbeheerder niet binnen vier weken na de aanleg van een netwerk is gebeurd is, wijst de minister een netbeheerder aan.¹⁹³

¹⁸⁵ Art. 7 E-wet.

¹⁸⁶ Art. 2-4 E-wet.

¹⁸⁷ Art. 4a E-wet.

¹⁸⁸ Art. 4a lid 4 E-wet.

¹⁸⁹ Art. 11 lid 1 Regeling afnemers en monitoring Elektriciteitswet 1998 en Gaswet jº art. 21 lid 2 en art. 39 E-wet.

¹⁹⁰ Art. 95k E-wet.

¹⁹¹ Art. 95m E-wet.

¹⁹² Art. 95m lid 4 E-wet.

¹⁹³ Art. 13 lid 1 E-wet.

Indien de netbeheerder in gebreke blijft, door het niet uitvoeren van opdrachten van de minister of omdat door de bedrijfsvoering van deze netbeheerder de continuïteit of de betrouwbaarheid van de energievoorziening voor afnemers in gevaar komt en onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, kan de minister een andere netbeheerder aanwijzen¹⁹⁴ of een stille curator benoemen.¹⁹⁵ De hiervoor genoemde opdrachten kan de minister geven als de netbeheerder niet voldoet aan de eis dat het bestuur en de meerderheid van de raad van commissarissen geen binding heeft met een leverancier, producent of een aandeelhouder van de netbeheerder, niet in staat is om zijn de informatieverplichtingen na te komen, niet meer goed in staat zijn wettelijke taken en verplichtingen uit te voeren of zich niet houdt aan het concurrentieverbod voor netbeheerders. Als een netbeheerder zich niet aan deze opdrachten houdt, komt de benoeming van een stille curator in zicht.

De mogelijkheid van de benoeming van een stille curator kan in een beperkt aantal situaties worden toegepast. Ten eerste bij het niet uitvoeren van een opdracht van de minister, zoals hiervoor besproken, ten tweede bij het treffen van een voorziening vooruitlopend op het intrekken van een aanwijzing van netbeheerder en tot slot als onverwijld ingrijpen noodzakelijk is. In dit laatste geval gaat het om een situatie die niet zo ernstig is dat de aanwijzing als netbeheerder moet worden ingetrokken maar de Minister toch een oogje in het zeil wil houden. Als er voorzieningen moeten worden getroffen in verband met een beperkte transportcapaciteit, kan de minister de desbetreffende netbeheerder opdragen om voorzieningen te treffen.¹⁹⁶ Ter handhaving van deze opdracht is de minister bevoegd tot het toepassen van bestuursdwang.¹⁹⁷

In de memorie van toelichting wordt de keuze voor een stille curator als volgt toegelicht: 'Het gaat bij de aanwijzing van deze «stille curator» om situaties waarin de minister van Economische Zaken er vertrouwen in heeft dat de netbeheerder uiteindelijk weer in staat zal zijn de wettelijke taken adequaat uit te voeren, maar het wel nodig acht dat er tijdelijk toezicht wordt uitgeoefend op de dagelijkse bedrijfsvoering. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan situaties van administratieve chaos bij de netbeheerder, maar ook indien sprake is van ernstige verwaarlozing van de wettelijke taken waarbij, zoals gezegd, er wel vertrouwen is dat de netbeheerder uiteindelijk in staat zal zijn de wettelijke taken adequaat uit te voeren. De «stille curator» kan ook worden aangewezen als overgangsmaatregel naar aanwijzing van een andere netbeheerder. De voorziening houdt in dat de stille curator opdrachten kan geven over de wijze waarop de netbeheerder opereert. De bestuurders moeten deze opdrachten opvolgen. De Minister van Economische Zaken zal bij de benoeming van de stille curator voorschriften en beperkingen op kunnen leggen, gelet op de bij de netbeheerder geconstateerde problemen. De opdrachten van de stille curator moeten terug te voeren zijn op deze voorschriften.'¹⁹⁸

Als er voorzieningen moeten worden getroffen in verband met een beperkte transportcapaciteit, kan de minister de desbetreffende netbeheerder opdragen om voorzieningen te treffen.¹⁹⁹ Ter handhaving van deze opdracht is de minister bevoegd tot het toepassen van bestuursdwang.²⁰⁰

¹⁹⁴ Art. 13 lid 3a E-wet.

¹⁹⁵ Art. 13 lid 3b E-wet.

¹⁹⁶ Art. 22 E-wet.

¹⁹⁷ Art. 22 lid 3 E-wet.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 3, p. 22.*

¹⁹⁹ Art. 22 E-wet.

²⁰⁰ Art. 22 lid 3 E-wet.

Het is duidelijk dat bij ernstige situaties de minister kan ingrijpen in het functioneren van de netbeheerder. Dit geeft hem de mogelijkheid om het publieke belang van leveringszekerheid te borgen. Er blijkt echter niet heel duidelijk in welke gevallen de minister nu precies bevoegd is tot het toepassen van dit zeer zware middel van het aanwijzen van een stille curator of uiteindelijk het aanwijzen van een andere netbeheerder. Het is de vraag of deze vaagheid kan worden verenigd met het legaliteitsbeginsel. Het gaat hier om een zeer ingrijpende bevoegdheid, die in het uiterste geval samengaat met onteigening. Aangezien het middel nog niet is ingezet, kan niet op grond van jurisprudentie hierover een conclusie worden getrokken.

6.7.7 Bindende aanwijzing

De raad van bestuur NMa, en in de praktijk de Energiekamer, kan bindende aanwijzingen geven in verband met de naleving van de Elektriciteitswet en de Verordening.²⁰¹ Volgens het Handhavingsplan 2004 van de DTe is het een dwingend schrijven van de Energiekamer, waarin is vastgelegd welke bepalingen uit de Elektriciteitswet 1998 of uit de Richtlijnen niet zijn nageleefd en waarin de partij wordt verplicht om binnen een bepaalde termijn alsnog aan deze bepalingen te voldoen. 'Ook kan met een bindende aanwijzing een norm nader worden geconcretiseerd.'²⁰²

Een bindende aanwijzing wordt door de rechter gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Bij het gebruikmaken van de bevoegdheid om een bindende aanwijzing te geven geniet de Energiekamer een ruime beleidsvrijheid blijkens de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.²⁰³

Het CBB is in deze uitspraak van oordeel dat noch de wettelijke bevoegdheid, noch de beleidsregels die door de Energiekamer zijn opgesteld kunnen leiden tot een plicht tot het opleggen van een bindende aanwijzing. Er is derhalve sprake van beleidsvrijheid bij het inzetten van dit instrument.

De bindende aanwijzing moet worden gezien als een herstelsanctie aangezien deze bevordert dat de situatie in overeenstemming met de geldende regels wordt gebracht en geen sprake is van leedtoevoeging. Bij niet-naleving van een bindende aanwijzing kan de directeur een bestuurlijke boete van de tweede categorie aan de desbetreffende onderneming opleggen.²⁰⁴ Door deze stok achter de deur wint het instrument van de bindende aanwijzing zeer aan effectiviteit.

6.7.8 Bestuursdwang

De minister is bevoegd om een last onder bestuursdwang op te leggen ter handhaving van de verplichtingen die leveranciers hebben op grond van hoofdstuk 7, paragraaf 1a van de Elektriciteitswet 1998. Deze paragraaf regelt de vergunningplicht en de belangrijkste verplichtingen van de leverancier, zoals de leveringsplicht en de verplichting redelijke tarieven en voorwaarden te hanteren. Onduidelijk blijft waarom hier voor de last onder bestuursdwang is gekozen aangezien het geen effectief instrument is om de verplichtingen te doen naleven. Het lijkt ondoenlijk voor de minister om zelf redelijke tarieven en voorwaarden te hanteren of de leve-

²⁰¹ Art. 5 lid 6 E-wet jº de Elektriciteitsverordening.

²⁰² Handhavingsplan DTe 2004, p. 19, <www.nma-dte.nl>.

²⁰³ CBB 10 maart 2004, LJN AO5426.

²⁰⁴ Art. 77i E-wet.

ringsplicht na te leven. Daarom zou een last onder dwangsom meer voor de hand hebben gelegen. De minister heeft de bevoegdheid om deze last op te leggen om bepalingen op grond van de Elektriciteitswet te handhaven (zie hierna 6.7.8). Hierop geldt als uitzondering onder meer de genoemde paragraaf 1a hetgeen betekent dat bewust is gekozen voor de last onder bestuursdwang voor de handhaving van de verplichtingen van de leveringsvergunning. In een aanhangig wetsvoorstel vervalt dit artikel en worden ook deze bepalingen gehandhaafd door middel van een last onder dwangsom en zodoende wordt het gebrek hersteld.²⁰⁵

6.7.9 Last onder dwangsom

Zoals hiervoor al een aantal keren aan de orde is geweest, kan de Energiekamer ingeval van overtreding van het bepaalde bij de Elektriciteitswet 1998 (met een aantal uitzonderingen) een last onder dwangsom opleggen.²⁰⁶ Het instrument van de last onder dwangsom wordt door de Energiekamer omschreven als 'het opleggen van een verplichting (de last) om een overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding of herhaling hiervan te voorkomen, ondersteund door een financiële druk (dwangsom).'²⁰⁷ Het gaat hierbij niet om een punitieve sanctie, zoals in het geval van de bestuurlijke boete, maar om een herstelsanctie.

Voor de oplegging van de last onder dwangsom moet, net als bij de bestuurlijke boete, een rapport worden opgesteld, waarop de overtreder mag reageren.²⁰⁸

6.7.10 Bestuurlijke boete

Sinds de I&I-wet van 1 juli 2004 heeft de bestuurlijke boete zijn intrede gedaan in het toezicht op de energiesector. Er zijn veel bepalingen op grond waarvan de Energiekamer een bestuurlijke boete kan opleggen. De Elektriciteitswet 1998 kent twee categorieën bestuurlijke boeten, een voor lichte en een voor zwaardere overtredingen. De bestuurlijke boete van de eerste categorie wordt opgelegd in verband met lichte overtredingen en bedraagt ten hoogste € 450.000,- of, indien dat meer is, 1% van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking.²⁰⁹ Van een lichte overtreding is bijvoorbeeld sprake wanneer een onderneming bepaalde gegevens niet verstrekt²¹⁰ of geen medewerking verleent aan ambtenaren van de Energiekamer.²¹¹

De boete van de tweede categorie kan ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder bedragen en kan bijvoorbeeld worden opgelegd wanneer een leverancier levert zonder vergunning, wanneer een elektriciteitsnetbeheerder zijn aansluitplicht of transportplicht niet nakomt²¹² en wanneer een bindende aanwijzing van de Energiekamer, zoals hiervoor behandeld, niet wordt nageleefd.²¹³ Het behoeft geen betoog dat de boete van de tweede categorie een zéér ingrijpend sanctiemiddel is. Het gaat bij de bestuurlijke boete om een punitieve

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 374, nr. 2, art. T en X (wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet ter verbetering van de werking van de elektriciteits- en gasmarkt).

²⁰⁶ Art. 77h E-wet.

²⁰⁷ Handhavingsplan DTe 2004, p. 20.

²⁰⁸ Artt. 77k en 77m lid 2 E-wet.

²⁰⁹ Art. 77i E-wet.

²¹⁰ Bijvoorbeeld o.g.v. art. 4a lid 2 of 95b, tweede lid E-wet.

²¹¹ Art. 77i E-wet j° art. 5:20 Awb.

²¹² Art. 77i lid 2 j° art. 23 en 24 E-wet.

²¹³ Art. 77i lid 2 j° art. 95b lid 1 E-wet.

sanctie en de oplegging ervan heeft als oogmerk leedtoevoeging. Voordat de bestuurlijke boete wordt opgelegd, moet een rapport worden opgesteld waarop de overtreder kan reageren.²¹⁴

6.7.11 Geschillenbeslechting

Een partij die een geschil heeft met een netbeheerder over de uitoefening van diens taken en bevoegdheden op grond van de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet kan een klacht indienen bij de Energiekamer.²¹⁵ Binnen twee maanden reageert de Energiekamer op de klacht met een bindende beslissing. Nadere procedurele regels zijn opgenomen in de Beleidsregel procedure geschillen energie.²¹⁶ Soms kan het geschil al in de voorfase, nog voordat een besluit is genomen, onderling door partijen worden opgelost.

Het kan opmerkelijk worden genoemd dat de Energiekamer optreedt als geschillenbeslechter bij een geschil tussen een partij (afnemer of onderneming) met een netbeheerder.²¹⁷ In het idee van de democratische rechtsstaat wordt dit wel gezien als een vreemde eend in de bijt.²¹⁸ Eén van de pijlers van de democratische rechtstaatgedachte is de spreiding van macht over verschillende organen. In dit geval komt een bevoegdheid, geschillenbeslechting, die eigenlijk tot het domein van de rechterlijke macht hoort, bij het bestuur te liggen. Het is wel zo dat er nog rechterlijke controle kan plaatsvinden op de beslissing van de Energiekamer. Deze beslissing is namelijk een besluit in de zin van art. 1:3 van de Awb. Er is bezwaar mogelijk en vervolgens beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.²¹⁹

Een andere vorm van geschillenbeslechting is te vinden bij de geschillencommissie.²²⁰ Deze vorm is laagdrempelig voor een consument vergeleken met het starten van een procedure bij de burgerlijke rechter. Het is een elektriciteitsbedrijf niet verplicht om zich aan te sluiten bij de geschillencommissie.

6.7.12 Rechtsbescherming

Tegen alle op grond van de Elektriciteitswet 1998 genomen besluiten kan rechtstreeks beroep bij het College van beroep voor het bedrijfsleven worden ingesteld.²²¹ Op grond van art. 7:1 Awb dient eerst bezwaar te worden gemaakt bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen in dit geval de Energiekamer (formeel: raad van bestuur NMa) of de minister van EZ.

6.7.13 Publiek aandeelhouderschap

Gemeenten en provincies houden aandelen in energiebedrijven. Zoals hiervoor besproken is er een privatisering gaande. De aandelen in de (afgesplitste) netbeheerders zullen op grond van de wet in overheidshanden moeten blijven. De vennootschappen kennen een (wettelijk

²¹⁴ Art. 77k en 77m lid 2 E-wet.

²¹⁵ Art. 51 E-wet.

²¹⁶ *Stcrt.* 2004, 167, p. 18.

²¹⁷ Art. 51 E-wet.

²¹⁸ Verhey & Verheij 2005, p. 179-180.

²¹⁹ Zie paragraaf 6.7.12.

²²⁰ <www.geschillencommissie.nl>.

²²¹ Art. 102 E-wet.

verplicht) structuurregime hetgeen inhoudt dat de aandeelhouders op een (zekere) afstand van het bestuur worden geplaatst en de belangrijkste controle van het bestuur wordt gedaan door een raad van commissarissen.²²² Voor netbeheerders gelden op grond van de Elektriciteitswet 1998 een aantal bijzondere vennootschapsrechtelijke bepalingen die het structuurregime (deels) op de netbeheerders van toepassing laat zijn.²²³ Zoals elders in dit onderzoek besproken, geeft aandeelhouderschap in tegenstelling tot wat soms wordt gedacht beperkte beïnvloedingsmogelijkheden.²²⁴

Dit werd duidelijk toen de PvdA in Amsterdam de wethouder een aantal vragen stelde over het afsluiten door NUON van afnemers die oud, gehandicapt of in de war waren. Er werd geantwoord dat het college als aandeelhouder formeel geen invloed had op de bedrijfsvoering. Het college beloofde wel om haar informele invloed aan te wenden om het Amsterdams publiek belang te dienen en de klanttevredenheid aan te kaarten. In de praktijk werden zelfs (informele) aandeelhoudersoverleggen georganiseerd om de klanttevredenheid bij de raad van bestuur aan te kaarten. Voor het overige is het Rijk verantwoordelijk voor het dienen van publieke belangen, aldus het college.²²⁵ Het behoeft geen betoog dat het proberen publieke belangen te beïnvloeden door aanwenden van informele invloed geen adequate wijze is om de publieke belangen daadwerkelijk te waarborgen.

Ook speelde in 2005 de in de inleiding (2.1) aangehaalde maatschappelijke discussie over de hoge beloning en bonussen van bestuurders van energiebedrijven. Iedereen leek machteloos te staan. De aandeelhouders, de minister; niemand leek in te kunnen grijpen. Uiteindelijk stonden de bestuurders over wie ophef was ontstaan hun bonus vrijwillig af. De minister heeft geen bevoegdheden ten aanzien van de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden door de regionale overheden. Het behoort tot de autonomie van de gemeente om deelnemingen aan te gaan en te beheren. Voor de aandeelhouders ligt dit anders. In hoofdstuk 4 bleek al dat, hoewel aandeelhouders geen concrete beslissingen van het bestuur kunnen beïnvloeden en hun invloed in die zin beperkt is, de publieke aandeelhouders hun beïnvloedingsmogelijkheden veel minder benutten dan zij zouden kunnen.²²⁶

De Commissie Kist concludeert dan ook terecht dat de publieke aandeelhouders in de netbeheerders in de toekomst een professionele opstelling moeten hebben en doet suggesties voor het beter organiseren van de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden. Onder meer worden het aangaan van een aandeelhoudersovereenkomst genoemd en het beter organiseren van de informatie-uitwisseling tussen de politiek en het bestuur van de vennootschap.

Voor het borgen van publieke belangen kan derhalve meer van het publieke aandeelhouderschap worden verwacht dan dat de afgelopen tijd naar voren is gekomen. Niettemin kent dit instrument grenzen. Dit betekent dat het in publieke handen houden van de netbeheerder onvoldoende garantie is voor het borgen van publieke belangen. Hiervoor zijn tevens andere, publiekrechtelijke, instrumenten nodig die bovendien op centraal niveau kunnen worden gehanteerd. Dit betekent niet per definitie dat het publieke aandeelhouderschap waardeeloos is. Uiteindelijk kan het in situaties van crisis, bijvoorbeeld een energiecrisis, van groot belang zijn dat de overheid de macht heeft over de energie-infrastructuur. Via de instrumenten die de Kroon heeft om in te grijpen in de privaatrechtelijke bevoegdheden van lagere

²²² Zie paragraaf 4.7.

²²³ Artt. 11 lid 2 en 11a E-wet.

²²⁴ Zie paragraaf 4.6.4.4.

²²⁵ Gemeenteblad Amsterdam 2003, afdeling 1, nr. 114

²²⁶ Zie paragraaf 4.6.7.

overheden in het algemeen belang, wordt door publiek aandeelhouderschap de grip op de infrastructuur verstevigd.

6.7.14 Slotsom

De vaststelling van de transporttarieven gebeurt nagenoeg geheel door de overheid. Hoewel de Energiekamer niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid functioneert, heeft de minister doordat hij bevoegd is regels vast te stellen over de vaststelling van deze tarieven, doorslaggevende invloed. Het publieke belang dat hiermee kan worden geborgd is de aanvaardbare prijs van het transport van elektriciteit. Daarnaast heeft de netbeheerder een aansluitplicht waarmee de toegang tot elektriciteit voor het transport ervan kan worden geborgd en daarmee (een deel van) de leveringszekerheid voor gebonden consumenten.

Door middel van de leveringsvergunning kan een aantal publieke belangen worden geborgd. Zo kan de Energiekamer het publieke belang van een aanvaardbare prijs van elektriciteit borgen door het stellen van een maximumtarief. Daarnaast hebben de vergunninghouders een leveringsplicht en wordt de vergunning uitsluitend verleend aan een kredietwaardige leverancier, hetgeen de leveringszekerheid ten goede komt. Mocht een leverancier alsnog failliet gaan of mocht diens vergunning worden ingetrokken dan kunnen de betrokken consumenten terecht bij een noodleverancier. De vergunning is gelet op het gebrek aan maatwerk in beginsel niet het aangewezen instrument om deze publieke belangen te borgen. Hetzelfde zou kunnen worden bereikt met algemene normen en een meldingsplicht.

Door de informatieplichten jegens de overheid, is de Energiekamer op de hoogte van het reilen en zeilen binnen de ondernemingen en in de sector als geheel. Hierdoor is zij op de hoogte van eventuele overtredingen en kan zij daarop ingrijpen. Van de informatieplichten gaat ook nog een zekere preventieve werking uit. Door de informatieplichten jegens de consument, zoals het stroometiket, krijgt deze inzicht in zijn keuzemogelijkheden.

De aanwijzing van een andere netbeheerder of van een stille curator stelt de minister in staat om in te grijpen ten behoeve van de leveringszekerheid. Het transportnet is van vitaal belang in de elektriciteitssector en daarom is het goed dat op centraal niveau daarover de ultieme zeggenschap bestaat.

Alle verplichtingen op grond van de Elektriciteitswet 1998 kunnen worden gehandhaafd door de Energiekamer. Deze heeft de keuze uit het opleggen van een last onder dwangsom, bestuursdwang en/of een bestuurlijke boete. Ook kan de Energiekamer een bindende aanwijzing geven ter handhaving van deze wet. Een andere vorm van handhaving is de geschillenbeslechting door de Energiekamer.

Van het publieke aandeelhouderschap kan meer worden gemaakt dan tot dusver is gebleken. Niettemin kent dit instrument aanzienlijke beperkingen, hetgeen betekent dat voor het toezicht op de netbeheerders andere centraal gehanteerde publiekrechtelijke instrumenten ook onmisbaar zijn om publieke belangen te borgen. Los hiervan dient het publieke aandeelhouderschap een belangrijke functie om grip te houden op de infrastructuur die ten goede kan komen aan de leveringszekerheid.

Hiervoor zijn de instrumenten behandeld die een rol spelen bij het borgen van publieke belangen op de elektriciteitsmarkt en daarbij is tevens geanalyseerd welke publieke belangen die eerder in dit hoofdstuk zijn besproken door deze instrumenten kunnen worden geborgd.

6.8 Conclusies

6.8.1 Inleiding

De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is in hoeverre de beschikbare instrumenten in de elektriciteitssector de overheid in staat stellen om te sturen en in te grijpen om publieke belangen te borgen binnen de grenzen van het EU-recht. Bij de bespreking van de geschiedenis van de sector kwam naar voren dat in de loop van de tijd een pendelbeweging kan worden ontdekt in de regulering van de sector die zich beweegt van markt naar overheid en nu weer enigszins terug naar de markt. Inmiddels wordt het transport van elektriciteit veel strenger gereguleerd dan levering en productie ervan. Voor het transport van elektriciteit blijft de pendel dus in de richting van de overheid hangen, waar hij voor levering en productie verder terugzwaait naar de markt.

Hierna wordt ingegaan op de keuzes die zijn gemaakt in huidige regulering van de elektriciteitssector, worden deze keuzes met elkaar in verband gebracht en kritiek op deze keuzes besproken. Daarna komt het terugkerend voorbeeld in dit hoofdstuk aan de orde, waarna tot een slotsom zal worden gekomen.

6.8.2 EU-recht

Binnen de grenzen van het EU-recht heeft de nationale wetgever niet veel ruimte om fundamentele keuzes te maken. Het sectorspecifieke EU-recht schrijft concurrentie op de markt voor. De instrumenten waarmee deze vorm van concurrentie vorm krijgt, zijn niet voorgeschreven. Ook het algemene EU-recht stelt grenzen zoals reeds eerder in het in dit onderzoek aan de orde is gekomen. Zo zal de overheid geen bijzondere invloed mogen aanwenden in verband met het vrij verkeer van kapitaal of ongeoorloofde staatssteun aan energiebedrijven toekennen.

6.8.3 De concurrentiemodaliteit beoordeeld

Hiervoor bleek al dat het EU-recht wel de concurrentiemodaliteit maar niet de precieze vormgeving had voorgeschreven. De nationale wetgever ging een stap verder dan het EU-recht vereist en besloot tot een eigendomssplitsing over te gaan, waarbij de bestaande energiebedrijven werden gesplitst in een (publieke) netbeheerder en een (commercieel) leverings- en productiebedrijf. Dit commerciële bedrijf mocht worden geprivatiseerd en de netbeheerder bleef in publieke handen.

6.8.4 Instrumenten & publieke belangen

6.8.4.1 Inleiding

Voor de elektriciteitssector zijn de publieke belangen expliciet vastgesteld. Desondanks blijven het zeer vage normen die geen richting geven en in de praktijk vorm moeten krijgen. Deze vage omschrijving en het gebrek aan prioriteiten binnen de tegenstrijdige publieke belangen maken het moeilijk om te beoordelen of de instrumenten de betrokken doelen kunnen bereiken. Hier zal worden gezien in hoeverre dit toch kan worden beoordeeld. Er wordt dan uitgegaan van de invloed die kan worden uitgeoefend met behulp van een instrument en in

hoeverre dit instrument kan bijdragen aan het borgen van het betrokken publieke belang. Hierna worden achtereenvolgens de verschillende publieke belangen verbonden met de relevante instrumenten. Achtereenvolgens komen aan de orde (i) beschikbaarheid van energie tegen maatschappelijk aanvaardbare prijzen voor alle consumenten, (ii) bescherming van gebonden afnemers tegen misbruik door de netbeheerder, (iii) leveringszekerheid voor klanten die geen uitwijkmogelijkheden hebben, (iv) productie en dienstverlening moeten op zodanige wijze geschieden dat recht wordt gedaan aan maatschappelijke doelstellingen ten aanzien van kwaliteit en veiligheid, (v) doelmatige marktordening en doelmatig toezicht en (vi) milieudoelstellingen.

6.8.4.2 Beschikbaarheid en aanvaardbare prijzen

Dit is een vrij vage omschrijving. Wat een aanvaardbare prijs zou zijn, blijft in het midden. Hier wordt daarom ingegaan op de vraag in hoeverre de overheid invloed kan uitoefenen op de beschikbaarheid van elektriciteit en de prijs ervan. Dit publieke belang ziet zowel op de productie-, als de leverings- en de transportmarkt. De transporttarieven worden door de minister en de Energiekamer gereguleerd. Daarnaast kan worden ingegrepen in de leveringstarieven via de leveringsvergunning en is de Energiekamer bovendien bevoegd tot het vaststellen van een maximumtarief. Elektriciteit is voor alle consumenten beschikbaar door de aansluitplicht voor netbeheerders op grond van de elektriciteitswet en leveringsplicht voor leveranciers via de leveringsvergunning.

6.8.4.3 Bescherming consument tegen netbeheerder

De consument wordt beschermd doordat de transporttarieven die de netbeheerder in rekening brengt volledig worden gereguleerd. Als er grote problemen ontstaan bij een netbeheerder kan de minister een andere netbeheerder of een stille curator aanwijzen.

6.8.4.4 Leveringszekerheid voor klanten zonder uitwijkmogelijkheid

Het borgen van deze leveringszekerheid betekent, volgens de wetgever, onder andere dat voldoende moet worden geïnvesteerd in productie-eenheden en infrastructuur voor transport en distributie, zoals wij hiervoor zagen. In beginsel is de productiemarkt vrij, maar de minister heeft de mogelijkheid om als de leveringszekerheid daarom vraagt, extra productiecapaciteit aan te besteden. Daarnaast heeft TenneT een belangrijk deel van de transportcapaciteit in handen en houdt de Energiekamer toezicht op de naleving door de netbeheerders van de normen van de Elektriciteitswet 1998.

6.8.4.5 Kwaliteit, veiligheid & milieudoelstellingen

Aangezien elektriciteit een homogeen goed is, kan kwaliteit in deze zin niet op het product elektriciteit zien. Deze normen zijn voorts te vaag om te beoordelen of de betrokken instrumenten deze doelen kunnen borgen.

6.8.4.6 Doelmatige marktordening en doelmatig toezicht

Zoals eerder opgemerkt, zou dit naar mijn mening niet moeten worden gekwalificeerd als een publiek belang maar als een middel om publieke belangen te borgen. Dit middel is gericht om het doel te bereiken van een energievoorziening tegen de laagst mogelijke maatschappelijke kosten.

6.8.5 Het terugkerend voorbeeld

Zoals aangekondigd in de inleiding van dit hoofdstuk is het voorbeeld het geval dat een elektriciteitsleverancier excessieve tarieven hanteert. Het publiek belang van redelijke tarieven is in dat geval niet geborgd. De vraag is daarom: op welke manier(en) kan worden ingegrepen om het publieke belang toch te borgen?

Een van de voorschriften die op grond van de Elektriciteitswet 1998 is verbonden aan de leveringsvergunning is het hanteren van 'redelijke tarieven'. Als de Energiekamer van oordeel is dat een leverancier zich hieraan niet houdt, dan kan hij deze bepaling handhaven door een dwangsom op te leggen, een bindende aanwijzing te geven of een bestuurlijke boete op te leggen.²²⁷ Bovendien is de Energiekamer bevoegd om een maximumtarief vast te stellen.²²⁸

6.8.6 Slotsom

De verantwoordelijkheid voor de borging van publieke belangen in de elektriciteitssector is nu verdeeld over overheid en markt. Hiervoor is gebleken dat van een aantal publieke belangen niet kan worden gezegd of en in hoeverre zij kunnen worden geborgd met de voorhanden zijnde instrumenten. Inzake de beschikbaarheid van elektriciteit, de aanvaardbare prijzen, de leveringszekerheid en de bescherming van de gebonden consument jegens de netbeheerder kan worden geconcludeerd dat er instrumenten zijn voor de overheid om hierop invloed uit te oefenen en dit eventueel af te dwingen.

²²⁷ Artt. 77h, 77i en 6 lid 5 E-wet.

²²⁸ Art. 95b lid 3 E-wet.

7. STADS- EN STREEKVERVOER

7.1 Inleiding

7.1.1 Achtergrond

Het openbaar vervoer, waarvan het stads- en streekvervoer een belangrijk deel uitmaakt, speelt een cruciale rol in de maatschappij. Naast het belang van bereikbare en leefbare regio's, heeft regionaal openbaar vervoer ook een belangrijke sociale functie.¹ Door gebrekkig regionaal openbaar vervoer zou de concurrentiepositie van bepaalde gebieden sterk achteruit gaan en zou bovendien de sociale cohesie in de samenleving afnemen.

Het stads- en streekvervoer omvat hoofdzakelijk het vervoer per bus (stadsbus, streekbus, buurtbus en trolleybus), tram en metro. Deze vervoertechnieken, inclusief de gedecentraliseerde treindiensten en openbaar vervoer te water (snelle veerboten), noemt men in Nederland ook wel het regionaal openbaar vervoer.

De sector van het stads- en streekvervoer kenmerkt zich op dit moment door een aantal regionale monopolies. Een vervoerder mag alleen openbaar vervoer verrichten als deze over een concessie beschikt die is verleend door een vervoersautoriteit na aanbesteding ervan. Hiermee verkrijgt hij een exclusief recht en tevens een plicht om het openbaar vervoer conform de concessie te verrichten. Vervoerders verkrijgen met de concessie een wettelijk monopolie. In drie grote steden in Nederland (Amsterdam, Den Haag, Rotterdam) zijn er gemeentelijke vervoerbedrijven (GVB's). Dit zijn publieke ondernemingen waarop lokale autoriteiten invloed uitoefenen. Aan de GVB's wordt de concessie verleend zonder dat deze is aanbesteed.

7.1.2 Probleemstelling

De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is in hoeverre de door de wetgever vastgestelde publieke belangen (kunnen) worden geborgd met behulp van de door hem gekozen instrumenten. Er wordt eerst ingegaan op de geschiedenis van de sector om inzicht te bieden in de reguleringskeuzes die in het verleden zijn gemaakt ten aanzien van deze sector, in het bijzonder met betrekking tot degene die in het verleden de verantwoordelijkheid heeft gedragen voor het borgen van publieke belangen.

Vervolgens wordt het sectorspecifieke EU-recht beschreven en wordt op grond hiervan en op grond van het algemene EU-recht bepaald welke ruimte dit recht de nationale wetgever nog biedt om in de betrokken sector reguleringskeuzes te maken. Het EU-recht vormt immers vanuit het perspectief van de nationale wetgever een buitengrens.

Daarna wordt beschreven welke publieke belangen de wetgever heeft vastgesteld voor de betrokken sector. Hierbij wordt besproken of deze vaststelling expliciet is geweest en in hoeverre een kenbare prioriteitenafweging heeft plaatsgevonden tussen de onderling tegenstrijdige publieke belangen. De publieke belangen die door de wetgever zijn vastgesteld, vormen het toetsingskader voor de beantwoording van de vraag of de gekozen instrumenten tot het gewenste resultaat leiden.

Voorts wordt beoordeeld welke concurrentiemodaliteiten reëel zijn in het stads- en streekvervoer gelet op de economische kenmerken van de sector en wordt beoordeeld of en

¹ Raad voor Verkeer en Waterstaat, *Ondernemend regionaal openbaar vervoer*, Den Haag: 2009, p. 7.

in hoeverre de wetgever bij de keuze voor deze concurrentiemodaliteit een juiste afweging heeft gemaakt. Dit is van belang voor de beantwoording van de hoofdvraag, omdat de keuze voor instrumenten afhangt van een keuze die daaraan voorafgaat, namelijk de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit.

De verschillende partijen worden in drie clusters beschreven. Ten eerste de overheid, ten tweede de ondernemingen die de betrokken dienst leveren en ten derde de consument. Aan de hand hiervan kan worden bepaald hoeveel invloed de overheid heeft in het stads- en streekvervoer.

Vervolgens wordt gezien welke instrumenten kunnen worden ingezet en door wie. Hierbij wordt beoordeeld of de instrumenten geschikt zijn voor de gekozen concurrentiemodaliteit. Concluderend wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de overheid, gelet op grenzen die het EU-recht stelt, de concurrentiemodaliteit, de verantwoordelijkheidsverdeling en de beschikbare instrumenten, in staat is om in te grijpen om de publieke belangen te borgen.

Om de – soms wat abstracte – materie te illustreren wordt een praktisch probleem in de sectoren als terugkerend voorbeeld door alle sectorhoofdstukken heen geweven. Gekozen is voor de mogelijkheid om het publieke belang van het hanteren van aanvaardbare tarieven centraal te stellen. In elke nutssector zal een redelijk tarief van de nutsdiensten een belangrijk publiek belang blijken te zijn. Hierbij is het geen gegeven dat lage tarieven een publiek belang zijn, maar dat sprake is van een goede prijs-kwaliteitverhouding. Hierbij moeten ook de belangen voor de langere termijn worden meegenomen, zoals bijvoorbeeld voldoende investeringen in het netwerk. Door voor dit voorbeeld te kiezen in de sectorhoofdstukken, wordt niet alleen duidelijk hoe in de verschillende sectoren tarieven worden gereguleerd, maar kan dit ook met elkaar worden vergeleken om te zien in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de instrumenten waarmee tarieven worden gereguleerd en in hoeverre de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hierop invloed kunnen uitoefenen.

Het terugkerend voorbeeld is hier het geval dat een vervoerder te hoge tarieven hanteert. De drempel om gebruik te maken van het stads- en streekvervoer wordt hierdoor hoger en de reizigersaantallen lopen terug. Het publiek belang van redelijke tarieven in het stads- en streekvervoer wordt niet geborgd, hetgeen ook invloed heeft op andere publieke belangen zoals de groei van het openbaar vervoer. De vraag is daarom: op welke manier(en) kan worden ingegrepen om het publieke belang toch te borgen?

7.1.3 Opzet

Om deze vragen te beantwoorden wordt, na een korte schets van de geschiedenis (7.2), ingegaan op de grenzen die het EU-recht stelt aan de regulering van het stads- en streekvervoer door de nationale wetgever (7.3). Daarna worden de concrete publieke belangen die door de wetgever op Europees en nationaal niveau zijn geformuleerd ten aanzien van het stads- en streekvervoer beschreven en gezien welke belangen hierbij prevaleren (7.4). Vervolgens wordt ingegaan op concurrentie in het stads- en streekvervoer (7.5), waarna de actoren (7.6) en de instrumenten (7.7) worden besproken. Ten slotte wordt de vraag beantwoord in hoeverre de gestelde publieke belangen in het stads- en streekvervoer gegeven de regulering kunnen worden bereikt (7.8).

7.2 Geschiedenis

7.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de geschiedenis van het stads- en streekvervoer geschetst om inzicht te verschaffen in de achtergrond van de sector. Deze houdt verband met huidige keuzes van de wetgever voor bepaalde instrumenten.² Tevens wordt gezien in hoeverre een pendelbeweging tussen markt en overheid is te ontwaren in de geschiedenis van het stads- en streekvervoer. Eerst wordt ingegaan op het ontstaan van de sector door particulier initiatief. Vervolgens wordt ingegaan op de privatisering en liberalisering. Tenslotte wordt antwoord gegeven op de vraag wie door de jaren heen verantwoordelijk was voor het openbaar vervoer.

7.2.2 Ontstaan

In 1879 werd de allereerste stoomtramverbinding in Nederland geopend tussen Den Haag en Scheveningen. Er was geen vergunning vereist op grond van de Wet op de Openbare Middelen van Vervoer van 1880 voor personenvervoer over de weg. Er kon worden volstaan met het aanvragen van een standplaats in de gemeenten waar het begin- en eindpunt zich bevonden. Men was wel verplicht om door plaatsing van een advertentie in de plaatselijke bladen de opening van een nieuwe dienst aan te kondigen, met vermelding van de route en de tarieven.

Rond 1923 nam het aantal busondernemingen in rap tempo toe en al snel ontbrandde een felle concurrentiestrijd. Deze strijd werd met allerlei middelen gevoerd, zoals het hantieren van een lager tarief, een hogere frequentie of de inzet van beter materieel. Ook 'minder legale' methoden werden toegepast. Zoals het net iets eerder vertrekken dan een concurrent die vervolgens een inhaalpoging waagt, waarbij men elkaar soms zodanig hinderde dat een van beiden in de sloot belandde. Ook geliefd was het traject van de stoomtramlijn, waarbij de autobussen de tram probeerden voor te blijven zodat de passagiers bij hen in zouden stappen. Dit verschijnsel werd ook wel de 'wilde bussen' genoemd. Door deze hevige concurrentie konden veel kleinere ondernemers het hoofd nauwelijks boven water houden. Er was geen geld voor goed onderhoud van hun materieel, laat staan voor nieuwe aankopen. Een vrije markt voor het openbaar vervoer over de weg was een feit. Maar het is helder dat deze concurrentievorm bepaald niet zonder problemen was.³

Al in 1923 werd een regeringscommissie ingesteld om deze problemen te bestuderen. Deze commissie adviseerde om een vergunningstelsel voor autobusdiensten in te voeren. Dit gebeurde met de wijziging in 1926⁴ van de Wet op de Openbare Middelen van Vervoer. Het was een ieder verboden om een autobusdienst uit te oefenen zonder een vergunning van het college van Gedeputeerde Staten van de provincie. Hiermee kwam een einde aan de 'wilde jaren' van de autobus. Hiermee kwam ook een einde aan de concurrentie op de weg. Het college bepaalde welke vervoerder een vergunning kreeg om in een bepaald gebied stads- en streekvervoer te verrichten.

Vanaf 1938 werd de vergunningverlenende bevoegdheid van de provincies naar het Rijk overgeheveld en daarmee gecentraliseerd. Voortaan moest, ingevolge het Reglement Autovervoer Personen, een vergunning worden aangevraagd bij de Commissie Vergunningen Per-

² Zie zeer uitgebreid over de geschiedenis van openbaar vervoer in Nederland: Brouwer & Van Kesteren 2008.

³ Ontleend aan Wallast 1987, p. 18-36.

⁴ *Stb.* 1926, 250.

sonenvervoer.⁵ De Commissie behandelde particuliere ondernemingen, overheidsbedrijven en dochteronderneming van de NS bij de vergunningverlening gelijk.⁶ Deze vergunningverlener was ook bevoegd op grond van de Wet Autovervoer Personen om aan een vergunninghouder een traject op te leggen waarvoor hij geen aanvraag had ingediend.

De Commissie voerde tevens ook een concentratiebeleid en had in 1971 een eindbeeld voor ogen met zeventien streekvervoergebieden.⁷ Het toenemende autobezit maakte de particuliere auto een geduchte concurrent voor het openbaar vervoer. De Nederlandse Spoorwegen, die in de loop van de tijd eigenaar was geworden van het grootste deel van het streekvervoer verkocht in 1982 al haar aandelen aan de Staat.⁸

De Wet autovervoer personen wordt in 1988 opgevolgd door de Wet personenvervoer. Voor het stadsvervoer werd de vergunningverlening in 1988 en voor het streekvervoer in 1996/98 daarom weer gedecentraliseerd en aan de provincies, samenwerkingsgebieden en 16 Vervoersautoriteiten Openbaar vervoer Centrumgemeenten⁹ overgedragen.

7.2.3 Liberalisering

Begin jaren negentig stond de verhoging van de kwaliteit van het regionaal openbaar vervoer op de politieke agenda. In 1991 is de commissie-Brokkx ingesteld om te onderzoeken wat aan het openbaar vervoer moest veranderen om een verhoging van de kostendekkingsgraad en een toename van het gebruik van openbaar vervoer te realiseren. Naar aanleiding van het tweede advies van de commissie-Brokkx heeft het kabinet aangegeven dat zij door middel van twee instrumenten deze beoogde doelen wilde bereiken.¹⁰ Deze instrumenten waren decentralisatie en de introductie van marktwerking.

Sinds de Wet personenvervoer 2000¹¹ (Wp 2000) is nog een aantal veranderingen doorgevoerd in het stads- en streekvervoer. Aanvankelijk bepaalden, met uitzondering van een aantal steden, met name de vervoerders het aanbod van stads- en streekvervoer. De vervoerders werden direct door het Rijk gefinancierd. De regionale overheden hebben sinds de Wp 2000 weer veel meer invloed gekregen op dit vervoer. Het is bovendien in uitsluitende rechten ondergebracht die door de regionale overheden worden verleend en waarvan een substantieel deel in concurrentie moet worden aanbesteed.¹² De vervoerder die de concessie wint, krijgt daarmee het exclusieve recht, alsmede de plicht, om vervoer te leveren binnen het concessiegebied.

Op 1 januari 2004 werden de 16 Vervoersautoriteiten Openbaar vervoer Centrumgemeenten opgeheven¹³ en werden hun bevoegdheden overgedragen aan de provincies, die samen met de kaderwetgebieden nu het openbaar vervoer bepalen.¹⁴ Verschillende bedrijven concurreren in het huidige stads- en streekvervoer met elkaar om een tijdelijk monopolie te krijgen op het verzorgen van bepaald vervoer in een bepaalde regio. Dit is voor het eerst in de

⁵ Stb. 1935, 562.

⁶ Brouwer & Van Kesteren 2008, p. 594.

⁷ Brouwer & Van Kesteren 2008, p. 538.

⁸ Brouwer & Van Kesteren 2008, p. 538.

⁹ Aanwijzing ex artikel 39 Wet personenvervoer, *Stcrt.* 1997, 249.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 465, nr. 2 (*Naar een innovatief en klantgericht stads- en streekvervoer*).

¹¹ Stb. 2000, 314.

¹² Per 1 januari 2007, art. 36b Besluit personenvervoer 2000 jº art. 61 Wp 2000.

¹³ *Stcrt.* 2003, 248, p. 31.

¹⁴ *Stcrt.* 2003, 248, p. 33.

geschiedenis dat aanbesteding in het stads- en streekvervoer wordt georganiseerd. Op dit moment dingen er bij nagenoeg alle concessies maar drie bedrijven mee.

Een uitzondering op de aanbestedingsplicht geldt voor de Gemeentelijke Vervoerbedrijven (GVB's). Een aantal gemeenten heeft een eigen vervoerbedrijf dat aanvankelijk deel uitmaakte van de gemeente. De wetgever besloot om ook het stadsvervoer te liberaliseren en vanaf 1 januari 2007 zou ook het vervoer dat door de GVB's werd verricht, moeten worden aanbesteed ondanks hevig protest van deze bedrijven en met name de werknemers die vreesden voor hun positie. Hiertoe moesten de GVB's worden verzelfstandigd en vervolgens gepri vatiseerd. De GVB's zijn nu zelfstandig en één ervan is inmiddels geprivatiseerd.

Hoewel de verwachting altijd is geweest dat het EU-recht in de toekomst een uitzondering op de aanbestedingsplicht voor interne exploitanten, waartoe de Nederlandse GVB's kunnen worden gerekend, zou bevatten, was de Nederlandse koers gericht op het aanbesteden van het totale stads- en streekvervoer. Inmiddels heeft de wetgever het besluit om ook het stadsvervoer in de grote steden verplicht aan te laten besteden, laten varen naar aanleiding van een motie van de Tweede Kamer. Hieraan is door de regering gehoor gegeven.¹⁵ Dit is extra wrang voor de gemeente Utrecht die niet onder deze regeling valt. Deze gemeente kwam als enige haar wettelijke verplichtingen tijdig na door haar GVB per 1 januari 2007 te verkopen.

7.2.4 Slotsom

Concluderend kan in twee opzichten een pendelbeweging worden waargenomen. Ten eerste was tot 1926 sprake van een ware markt, ontstaan door particulier initiatief, binnen het stads- en streekvervoer waarop forse concurrentie plaatsvond. Vervolgens is de marktwerking tussen vervoerders verdwenen ten gevolge van de inrichting van de sector door middel van een vergunningenstelsel. Vervolgens werd weer een duidelijke beweging richting die marktwerking zichtbaar. Hoewel het nu gaat om een andere vorm van concurrentie, te weten concurrentie om de markt, kan toch worden gezegd dat de vervoerders weer met elkaar moeten concurreren. Waar deze pendel aanvankelijk verder door zou slingeren richting de markt door ook de GVB's te laten privatiseren en het stadsvervoer ook verplicht aan te laten besteden, is dit plan nu van de baan. De aanbestedingsplicht zal niet gaan gelden voor het stadsvervoer waar een GVB actief is. De slinger komt dus enigszins tot stilstand. Hoewel dit ook kan worden en ook wordt geduid als een inconsequente politiek.¹⁶

Ten tweede heeft een pendelbeweging plaatsgevonden op het terrein van de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot de sector. Aanvankelijk werden vergunningen verleend door de besturen van provincies vervolgens op Rijksniveau door de Commissie Vergunningen Personenvervoer en tegenwoordig weer door de besturen van provincies en besturen van Kaderwetgebieden.¹⁷

¹⁵ Gewijzigde motie van het lid Roefs c.s., *Kamerstukken II 2006/07*, 23 645, nr. 167, *Handelingen II 2006/07*, p. 5079-508, *Kamerstukken II 2006/07*, 30 421, nr. 17.

¹⁶ Nouhuys 2008, p. 58.

¹⁷ Art. 2 Kaderwet bestuur in verandering, *Stb.* 1994, 396. De kaderwetgebieden zijn de samenwerkingsgebieden (o.g.v. de Wet gemeenschappelijke regelingen) waarin Amsterdam, Rotterdam, Den Haag, Utrecht, Eindhoven en Helmond, Enschede en Hengelo en Arnhem en Nijmegen zijn gelegen.

7.3 EU-recht

7.3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is het EU-recht ten aanzien van nutssectoren in het algemeen geschetst.¹⁸ Hier worden de belangrijkste specifieke regels voor het stads- en streekvervoer besproken en de vraag beantwoord waar de nationale wetgever de grenzen van het EU-recht ontmoet bij het reguleren van het stads- en streekvervoer.

Op Europees niveau is er vrij veel bemoeienis met het openbaar vervoer in de lidstaten, waar het stads- en streekvervoer deel van uitmaakt. Dit EU-recht heeft betrekking op grensoverschrijdend vervoer of grensoverschrijdende vervoerders maar ook op niet-grensoverschrijdend openbaar vervoer.

Hierna worden de sectorspecifieke normen die gelden op grond van het VWEU en de verordening inzake het openbaar personenvervoer (PSO-verordening)¹⁹ besproken en wordt geanalyseerd welke gevolgen deze verordening heeft voor de nationale wetgever als het gaat om reguleringskeuzes voor het stads- en streekvervoer (7.3.2). Omdat deze verordening pas in 2019 van kracht zal zijn, wordt hier eerst het huidige sectorspecifieke kader geschetst, waarna zal worden ingegaan op het toekomstige regime op grond van de PSO-verordening. Er bestaat onduidelijkheid over de vraag of op grond van het EU-recht nu een aanbestedingsplicht geldt.

Vervolgens worden de algemene normen van het VWEU besproken en de gevolgen die zij hebben voor de nationale wetgever en voor de sector (7.3.3). Ten slotte worden de keuzes van de nationale wetgever gelet op de grenzen die het EU-recht met zich brengt bekritiseerd. Hoewel een paragraaf over de Europeesrechtelijke grenzen daarvoor niet de aangewezen plek lijkt, is het toch van belang er hier op in te gaan omdat de nationale wetgever ervoor heeft gekozen om de bepalingen van de Europese Aanbestedingsrichtlijn van toepassing te verklaren op de concessieverlening in het stads- en streekvervoer (7.3.4). In de slotsom wordt besproken hoeveel vrijheid de nationale wetgever heeft, in hoeverre de huidige wetgeving en de huidige situatie in overeenstemming zijn met de geldende en toekomstige regels van het EU-recht en welke kritiek mogelijk is op de huidige keuzes van de nationale wetgever (7.3.5).

7.3.2 Sectorspecifiek EU-recht

In de EG wordt een gemeenschappelijk vervoersbeleid nagestreefd op grond van het VWEU, waarin een titel Vervoer is opgenomen.²⁰ Daarnaast is in het VWEU bepaald dat er voor openbaar vervoer een *lex specialis* geldt van artikel 106, tweede lid, VWEU over de compensaties van het opleggen van ODV voor het vervoer over land.²¹ Op basis hiervan is een verordening inzake het openbaar personenvervoer gepubliceerd die op 3 december 2009 in werking is getreden.²² De verordening is onder meer van toepassing op openbaar personenvervoer over de weg en per spoor (...) en daarmee dus in beginsel van toepassing op het stads- en streek-

¹⁸ Zie hoofdstuk 2.

¹⁹ Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg, tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

²⁰ Art. 70 VWEU.

²¹ Art. 73 VWEU.

²² Art. 71 VWEU en art. 12 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

vervoer.²³ Op grond van de PSO-verordening moet al het openbaar vervoer openbaar worden aanbesteed, behoudens een aantal uitzonderingen, waarop hierna zal worden ingegaan. Er geldt een overgangstermijn waardoor de aanbestedingsplicht pas van kracht wordt per 3 december 2019.²⁴ De voorloper van de PSO-verordening wordt ingetrokken per 3 december 2019 en is daarmee niet langer van toepassing.²⁵

Voor openbaar vervoerconcessies geldt tot 3 december 2019 geen expliciete Europees-rechtelijke aanbestedingsplicht. De Europese aanbestedingsrichtlijn is niet van toepassing op openbare dienstcontracten voor zover zij een concessie-overeenkomst inhouden.²⁶ Dit geldt eveneens voor de richtlijn Nutssectoren.²⁷ De concessie die moet worden verleend op grond van de Wp 2000 kan onder deze definitie worden gebracht, hoewel hij er niet mee samenvalt. Het onderscheidende kenmerk van een concessieovereenkomst is dat de concessiehouder het exploitatierisico draagt, al dan niet gedeeltelijk.²⁸ Dat is het geval bij de concessie die op grond van de Wp 2000 wordt verleend. Echter de term overeenkomst wijkt af van deze nationale concessie die een beschikking inhoudt. Gelet op de gegeven definitie moet mijns inziens worden geconcludeerd dat deze concessie niet onder de toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn valt. Dit betekent dat de huidige concessie in het stads- en streekvervoer niet hoeft te worden aanbesteed op grond van deze richtlijn.

Op grond van de PSO-verordening zal een aanbestedingsplicht gelden, zoals hiervoor al werd opgemerkt. De verordening bepaalt hierover slechts dat de openbare aanbestedingsprocedure openstaat voor alle exploitanten, open en eerlijk verloopt, met inachtneming van de beginselen van transparantie en non-discriminatie. Er geldt geen specifiek voorgeschreven aanbestedingsprocedure zoals op grond van de Aanbestedingsrichtlijn geldt. Verder wordt bepaald dat na de indiening van de inschrijvingen en een eventuele eerste selectie, met inachtneming van de genoemde beginselen, kan worden onderhandeld over de meest geschikte manier om te voldoen aan specifieke en complexe behoeften.²⁹ Een opvallend punt is dat in het EG-aanbestedingsrecht juist geen ruimte is voor onderhandeling, hetgeen ook als een probleem werd ervaren bij het verlenen van concessies in Nederland, waar de Aanbestedingsrichtlijn niettemin van toepassing is verklaard op de concessieverlening in het stads- en streekvervoer.³⁰

Er zal een aantal belangrijke uitzonderingen mogelijk zijn op deze aanbestedingsplicht. Ten eerste geldt de plicht niet voor interne exploitanten, het openbaar vervoer per trein, kleine contracten en situaties waarin door een onvoorzien faillissement van een vervoerder plotseling moet worden voorzien in noodmaatregelen.³¹ Voor de eerste drie genoemde uitzonderingen geldt dat de lidstaat zelf mag bepalen of ze deze uitzonderingen mogelijk maakt in nationale wetgeving of niet. Hier zal nu vooral worden ingegaan op de uitzondering voor de interne exploitant aangezien deze relevant is voor de Nederlandse situatie, in het bijzonder

²³ Art. 1 lid 2 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

²⁴ Art. 8 lid 2 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

²⁵ Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lid-Staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (*PbEG* 1969, L 156, p. 1-7).

²⁶ Art. 17 Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2004, L 134, p. 114-240).

²⁷ Art. 1 lid 3 sub b j° 18 Richtlijn Nutssectoren. Deze richtlijn ziet specifiek op het aanbesteden in de sectoren post, vervoer, energie en water.

²⁸ Art. 1 lid 4 Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2004, L 134, p. 114-240).

²⁹ Art. 5 lid 3 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

³⁰ Van Nouhuys 2007, p. 103, zie ook paragraaf 7.7.2.3.

³¹ Art. 5 lid 2, 4-6 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

voor de Gemeentelijke Vervoerbedrijven (GVB's). Volgens de verordening kan een bevoegde plaatselijke overheid besluiten een openbare-dienstcontract onderhands te gunnen aan een interne exploitant waarover zij net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent. In geval van een groepering van overheden bestaat die mogelijkheid ook. Dan moet sprake zijn van tenminste één bevoegde plaatselijke overheid die zeggenschap uitoefent over het vervoerbedrijf als over haar eigen diensten.³² Het begrip 'zeggenschap' wordt in de verordening anders uitgelegd dan het Hof van Justitie in haar jurisprudentie over inbesteding heeft gedaan, hetgeen huidig geldend recht is. Waar het Hof spreekt over doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen, zijn in de PSO-verordening de begrippen daadwerkelijke invloed op en daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen opgenomen.³³

Van belang hierbij is verder dat de betrokken overheid ook bevoegd moet zijn om op te treden in het openbaar personenvervoer in het aan de orde zijnde geografische gebied.³⁴ Dit betekent voor de Nederlandse situatie dat de gemeente die zeggenschap heeft over het vervoerbedrijf, ook moet beschikken over de bevoegdheid om concessie te verlenen voor openbaar vervoer, om gebruik te mogen maken van onderhandse gunning aan een interne exploitant.

7.3.3 Algemene normen VWEU

Hoewel hiervoor bleek dat op grond van het sectorspecifieke EU-recht nu nog geen aanbestedingsplicht geldt, wordt wel betoogd dat op grond van het VWEU volgens het Hof van Justitie aanbestedende diensten gehouden zijn om bij het gunnen van concessies voor diensten de markt door middel van aankondiging voor alle potentiële gegadigden te openen in geval interstatelijke belangstelling kan worden vermoed. Om deze reden zou moeten worden aangenomen dat een algemene aanbestedingsplicht bestaat voor concessies in het stads- en streekvervoer omdat er interstatelijke belangstelling voor bestaat.³⁵ Deze stelling wordt hier niet onderschreven.

Op grond van het VWEU geldt echter wel het beginsel van gelijke behandeling op grond van nationaliteit.³⁶ Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat dit beginsel betekent dat een transparantieplichting geldt.³⁷ Deze houdt in dat een onderneming in een andere lidstaat met name in staat moet worden gesteld toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende deze concessie vóór de toewijzing ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen, aldus het Hof.³⁸ Derhalve kan worden geconcludeerd dat momenteel een transparantieplicht geldt, maar geen aanbestedingsplicht.

7.3.4 Keuze Nederlandse wetgever

³² Art. 5 lid 2 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

³³ HvJ EU 18 november 1999, nr. C-107/98 (*Teckal*) en art. 5 lid 2 Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

³⁴ Art. 5 lid 2 jº2 sub b en c Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (*PSO-verordening*).

³⁵ Nouhuys 2008, p. 2, onder verwijzing naar onder meer HvJ EU 13 november 2007, nr. C-507/03, *Jur.* 2007, p. I-9777, par. 26-30 (*An Post*).

³⁶ Art. 49 VWEU.

³⁷ Manunza 2006, p. 76 e.v. onder verwijzing naar onder meer HvJEG 7 december 2000, nr. C-324/98, *Jur.* 2000, p. I-10745.

³⁸ HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-231/03, *Jur.* 2005, p. I-7287, punt 21 (*Coname*).

De Nederlandse wetgever heeft besloten om aan te sluiten bij de procedure van aanbesteden zoals die wordt voorgeschreven in de Aanbestedingsrichtlijn, ondanks het feit dat deze richtlijn niet van toepassing is op de concessies op grond van Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) en er ook niet kan worden aangenomen dat een algemene aanbestedingsplicht geldt, zoals hiervoor is besproken. Op grond van de Aanbestedingsrichtlijn geldt een vaste uniforme procedure voor het aanbesteden. De richtlijn is echter gericht op overheidsopdrachten, waarin vooraf voor de overheid duidelijk is wat de eisen zijn.

De Nederlandse wetgever heeft hiermee geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een op de sector toegesneden aanbestedingsregime toe te passen, maar is verder gegaan dan waartoe het EU-recht verplichtte.

7.3.5 Slotsom

Er geldt onder het huidige EG-regime geen expliciete aanbestedingsplicht omdat nu juist concessie-overeenkomsten zijn uitgezonderd in de Aanbestedingsrichtlijn. Hiervoor is uitgelegd dat desondanks op grond van het beginsel van gelijke behandeling naar nationaliteit een transparantieplichting geldt, zodat elke geïnteresseerde onderneming kennis kan nemen van een voornemen om een concessie te verlenen. De huidige regels op grond van het EU-recht gaan derhalve veel minder ver dan het regime voor de toekomst.

In de toekomst zal op grond van de PSO-verordening een aanbestedingsplicht gelden, maar hierop kunnen belangrijke uitzonderingen worden gemaakt. De meest in het oog springende uitzondering is de mogelijkheid voor lidstaten om toe te staan dat er onderhands wordt gegund aan een zogenaamde interne exploitant.

De nationale wetgever is uitgegaan van een aanbestedingsplicht en heeft de Aanbestedingsrichtlijn, normaliter van toepassing op overheidsopdrachten (voor diensten, levering en werken), van toepassing verklaard. Op grond van deze richtlijn geldt een vaste uniforme procedure voor het aanbesteden. De nationale wetgever is hiermee verder gegaan dan op grond van de huidige én toekomstige Europese wetgeving vereist is. Zij is niet alleen verder gegaan dan hetgeen het EU-recht eist – daar is in beginsel ook niets op tegen – maar heeft daarbij ook gekozen voor een rigide aanbestedingsregime dat is geschreven voor overheidsopdrachten. Hier had de nationale wetgever ook kunnen kiezen voor een andere vorm van aanbesteding dan de rigide procedure van de Aanbestedingsrichtlijn. Het is namelijk de vraag in hoeverre dit algemene regime goed aansluit bij de eigen aard van de concessies inzake openbaar vervoer. Hierop zal later in dit hoofdstuk worden ingegaan.³⁹

³⁹ Zie paragraaf 4.7.2.3.

7.4 Publieke belangen

7.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt erop ingegaan welke publieke belangen zijn vastgesteld op Europees en nationaal niveau door de wetgever(s). Hierbij wordt betrokken of deze vaststelling expliciet is geweest en in hoeverre een kenbare prioriteitenafweging heeft plaatsgevonden tussen de onderling tegenstrijdige publieke belangen. De publieke belangen worden afgeleid uit de beschikbare preambules van Europese richtlijnen of uit nationale parlementaire geschiedenis.

Hier wordt de vraag beantwoord welke publieke belangen de wetgever kennelijk voor ogen had bij de reguleringskeuzes voor deze sector. Voor de beantwoording van de vraag van dit hoofdstuk wordt deze opsomming gebruikt om te beoordelen of de verschillende keuzes in de regulering (concurrentiemodaliteit, instrumenten en partijen) kunnen leiden tot het borgen van deze publieke belangen.

Deze vraag is van belang voor de hoofdvraag van dit hoofdstuk omdat de publieke belangen die door de wetgever zijn vastgesteld in feite het toetsingskader vormen voor de vraag of de gekozen instrumenten tot het gewenste resultaat (kunnen) leiden. Omdat publieke belangen doorgaans tegenstrijdig zijn en daarom tegen elkaar moeten worden afgewogen, wordt hierbij betrokken of en in hoeverre een rangorde is aangebracht tussen de verschillende publieke belangen.⁴⁰ Dit heeft immers gevolgen voor de beoordeling of met de gekozen regulering de publieke belangen kunnen worden geborgd.

De publieke belangen die een rol spelen in het stads- en streekvervoer zijn velerlei. Ze zijn, zoals in elke sector, gevarieerd, kunnen in de realisering ervan onderling strijdig blijken te zijn. Bovendien zijn ze contingent. Hierna worden de belangrijkste publieke belangen besproken. Eerst komen de publieke belangen die op Europees niveau zijn vastgesteld aan de orde (7.4.2) en daarna die zijn vastgesteld op nationaal niveau (7.4.3). Afgesloten wordt met een slotsom waarin de vraag wordt beantwoord welke publieke belangen zijn vastgesteld, of dit impliciet of expliciet is gebeurd en of hierbij een prioriteitenstelling is gemaakt (7.4.4).

7.4.2 Europees niveau

In het Witboek van de Europese Commissie inzake het Europese vervoersbeleid worden de volgende belangrijkste doelstellingen van het beleid genoemd: veilige, efficiënte en hoogwaardige personenvervoersdiensten verzekeren door gecontroleerde mededinging, waardoor openbaar personenvervoer tevens doelmatig en doorzichtig wordt, rekening houdend met sociale factoren, milieu en factoren van regionale ontwikkeling, het aanbieden van bepaalde tariefvoordelen aan sommige categorieën van gebruikers, zoals gepensioneerden, en het wegnemen van ongelijkheden tussen vervoersondernemingen uit verschillende lidstaten die tot aanzienlijke concurrentievervalsingen kunnen leiden.⁴¹

In de PSO-verordening wordt het doel van het vervoersbeleid als volgt geëxpliciteerd: 'Deze verordening heeft tot doel vast te stellen op welke manier instanties die bevoegd zijn voor het openbaar personenvervoer, in het licht van het Gemeenschapsrecht, er voor kunnen zorgen dat, in vergelijking met een volledig vrije marktwerking, onder meer het aantal, de

⁴⁰ Over dit karakter van publieke belangen zie paragraaf 3.5.

⁴¹ Witboek van de Commissie, 'Het Europese vervoersbeleid tot het jaar 2010: tijd om te kiezen', 12 september 2001.

veiligheid en de kwaliteit van de diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs.⁴²

7.4.3 Nationaal niveau

Hierna komt aan de orde welke publieke belangen de wetgever voor ogen stonden bij de inrichting van de sector stads- en streekvervoer. Eerst wordt beschreven welke doelen de overheid door de jaren heen voor ogen stonden bij de regulering van het openbaar vervoer. De huidige regulering is hoofdzakelijk vastgelegd in de Wp 2000 en het daarop gebaseerde besluit. Om te bepalen welke publieke belangen hierbij leidend waren, wordt uit de parlementaire geschiedenis geput. Hierbij zal blijken dat de wetgever impliciet en summier is geweest in het benoemen van de publieke belangen.

Door de jaren heen worden verschillende beleidsdoelen van het openbaar vervoer genoemd. De doelen zijn verschillend van aard en kunnen ook per bestuurslaag verschillen. In een rapport komt het Centraal Planbureau samen met het Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid tot de volgende opsomming: (i) bijdragen aan bereikbaarheid en congestievermindering, (ii) bijdragen aan leefbaarheid, milieu en veiligheid, (iii) bijdragen aan maatschappelijke deelname en sociale doelen, (iv) ruimtelijke ordening en (v) concurrentiepositie en economie.⁴³ Dit zijn allemaal betrekkelijk vaag omschreven publieke belangen.

In de memorie van toelichting van de Wp 2000 wordt nergens gerefereerd aan publieke belangen, maar worden wel twee doelen van de wet als zodanig geëxpliciteerd. Ten eerste moest het openbaar vervoer een belangrijker rol gaan spelen bij de vergroting van de bereikbaarheid in Nederland. Ten tweede moest een verhoging van de kostendekkingsgraad plaatsvinden door vergroting van de reizigersopbrengsten of verlaging van exploitatiekosten. De kostendekkingsgraad, het aandeel van de reizigersopbrengsten in de exploitatie van het openbaar vervoer, moest concreet minstens 50% gaan bedragen.⁴⁴ Inmiddels is gebleken dat deze beide doelen niet zijn gehaald.⁴⁵ Tussentijds zijn deze oorspronkelijke doelen gewijzigd. Inmiddels zijn de twee hoofddoelen: een selectieve toename van het OV-gebruik en verlaging van de kostprijs middels efficiencyverbeteringen. De ontwikkelingen ten aanzien hiervan zijn positief.⁴⁶

De introductie van een beheerste vorm van concurrentie zoals wordt beoogd, grijpt volgens de regering aan bij deze beide sleutelfactoren. 'Door een aantrekkelijker vervoeraanbod te bieden kan groei van het aantal reizigers worden vergroot en derhalve ook de reizigersopbrengsten. Tegelijkertijd dwingt periodieke concurrentie de vervoersondernemingen tot een grotere kostenefficiëntie.'⁴⁷ De groei van het openbaar vervoer zou leiden tot een verminderde congestie op de wegen, de bereikbaarheid van economische centra en de stadsgewesten en zou daarmee goed zijn voor de economische groei in Nederland.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wp 2000 wordt een aantal onderwerpen genoemd die kunnen worden geduid als publieke belangen in de zin van dit onderzoek en ook terugkomen in de wet. Zo moeten aan de concessie voorschriften in het belang

⁴² Art. 1 lid 1 Verordening openbaar vervoer.

⁴³ CPB en KiM, *Het belang van openbaar vervoer. De maatschappelijke effecten op een rij*, Den Haag: 2009, p. 23.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 456, nr. 3, p. 5.

⁴⁵ Groenendijk e.a. 2005, p. 12.

⁴⁶ Groenendijk e.a. 2005, p. 12.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 456, nr. 3, p. 5.

van de reiziger, wiens positie volgens de toelichting van groot belang is,⁴⁸ worden verbonden. Het gaat hierbij om de toegankelijkheid van het openbaar vervoer voor gehandicapten⁴⁹, de tarieven⁵⁰, de dienstregeling,⁵¹ veiligheidseisen,⁵² en het overleg met consumentenorganisaties.⁵³ De onderwerpen waarover advies wordt gevraagd aan de consumentenorganisaties of waarover zij worden geïnformeerd en de wijze waarop dit gebeurt, worden volledig aan de concessieverlener overgelaten.

Daarnaast moeten er voorschriften ter beoordeling van de uitvoering van de concessie worden opgenomen ten aanzien van financiële verantwoording⁵⁴ en informatieverschaffing aan de concessieverlener.⁵⁵ Tot slot moet er in de concessie duidelijkheid zijn over de financiële randvoorwaarden, te weten de subsidieverstrekking en de tarieven.⁵⁶ In de concessie moet aandacht worden besteed aan deze onderwerpen; de concrete invulling ervan wordt overgelaten aan de concessieverlener. Uit het feit dat voorschriften ter zake van deze onderwerpen aan de concessie moeten worden verbonden, kan worden afgeleid dat de wetgever (in ieder geval) deze publieke belangen voor ogen heeft gehad. De invulling ervan wordt in grote mate aan de concessieverlener overgelaten.

7.4.4 Slotsom

Uit het voorgaande blijkt dat de nationale wetgever niet op expliciete wijze publieke belangen heeft vastgesteld in de toelichting bij de Wp 2000 of in de wet zelf. Wel kunnen uit de parlementaire geschiedenis en uit de wet bepaalde publieke belangen worden afgeleid. De hoofddoelen van de wet zijn het verhogen van de kostendekkingsgraad, dus lagere kosten voor de overheid. Daarnaast werd een groei van het openbaar vervoer beoogd. In de wet komt een aantal onderwerpen naar voren die moeten worden geregeld in de concessie. Deze onderwerpen kunnen worden gekwalificeerd als publieke belangen in de zin van deze studie. Bepaalde eisen moeten in het belang van de reiziger, wiens positie volgens de toelichting van groot belang is, aan de concessie worden verbonden. Het gaat hierbij om de toegankelijkheid van het openbaar vervoer voor gehandicapten, de tarieven, de dienstregeling, veiligheidseisen, en het overleg met consumentenorganisaties.

De publieke belangen die worden genoemd in de kabinetsnota Publieke belangen en marktordening keren in de Wp 2000 of de parlementaire geschiedenis derhalve niet expliciet terug. Niettemin kan uit de wet en zijn geschiedenis worden afgeleid dat de kwaliteit, leveringszekerheid, de bescherming van de gebonden consument en de veiligheid van groot belang zijn in deze sector.

Het valt op dat de publieke belangen doorgaans niet concreet worden gemaakt. De invulling van de publieke belangen wordt in grote mate aan de concessieverlener overgelaten. Ook het verzekeren van de positie van de reiziger wordt aan de concessieverlener overgelaten. In deze sector speelt een rol dat de afweging van publieke belangen nu juist niet op nati-

⁴⁸ *Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 38 e.v.*

⁴⁹ Art. 32 lid 2 sub g Wp 2000.

⁵⁰ Art. 32 lid 2 sub d Wp 2000.

⁵¹ Art. 32 lid 2 sub f Wp 2000.

⁵² Art. 32 lid 2 sub h Wp 2000.

⁵³ Art. 32 lid 2 sub a en b Wp 2000.

⁵⁴ Art. 32 lid 2 sub e Wp 2000.

⁵⁵ Art. 32 lid 2 sub c Wp 2000.

⁵⁶ *Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 16.*

onaal niveau plaatsvindt, maar op regionaal niveau. Dit betekent dat de concrete vaststelling en afweging van publieke belangen aan de concessieverlener wordt overgelaten.

De op Europees en nationaal niveau af te leiden publieke belangen wijken niet van elkaar af. Op beide niveaus wordt gesproken van het verlagen van de kostprijs van het vervoer door de introductie van marktwerking en daarnaast van het beschermen van de consument, in het bijzonder de kwetsbare consument. Het is duidelijk dat deze publieke belangen van verschillende aard nooit beiden kunnen worden geoptimaliseerd, omdat zij met elkaar strijdig zijn. In het midden blijft in hoeverre welke publieke belangen zouden moeten prevaleren. Deze afweging tussen verschillende strijdige publieke belangen vindt in de praktijk plaats door de concessieverlenende vervoersautoriteit die veel beleidsvrijheid geniet.

7.5 Concurrentie

7.5.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de economische kenmerken van het stads- en streekvervoer beschreven. Op basis hiervan en op basis van het EU-recht wordt geanalyseerd welke concurrentiemodaliteiten geschikt kunnen zijn voor toepassing in deze sector en beoordeeld of en in hoeverre de nationale wetgever bij de keuze voor deze concurrentiemodaliteit een juiste afweging heeft gemaakt. Het benoemen van de concurrentiemodaliteit is van belang voor de beantwoording van de vraag in hoeverre vastgestelde publieke belangen kunnen worden bereikt met de door de wetgever gekozen instrumenten. De keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit heeft gevolgen voor de keuze van instrumenten, omdat bepaalde instrumenten op een bepaalde manier bij een bepaalde concurrentiemodaliteit kunnen worden ingezet.

Eerst wordt ingegaan op de marktimperfecties in de sector (7.5.2). Daarna wordt ingegaan op de mogelijke concurrentiemodaliteiten en de gekozen concurrentiemodaliteit. Daarbij wordt besproken hoe de keuze van de nationale wetgever voor de huidige regulering moet worden beoordeeld (7.5.3). In de slotsom wordt een antwoord gegeven op de vraag welke concurrentiemodaliteiten geschikt zijn, voor welke concurrentiemodaliteit is gekozen in het stads- en streekvervoer en hoe de keuze van de nationale wetgever moet worden beoordeeld in het licht van het EU-recht (7.5.4).

7.5.2 Marktimperfecties

Het stads- en streekvervoer omvat zowel tram- als busvervoer. Tussen deze beide moet een onderscheid worden gemaakt voor de economische kenmerken. Het tramvervoer kenmerkt zich door een natuurlijk monopolie. Het is niet rendabel (en het levert bovendien praktische problemen op) om een tweede netwerk tramrails aan te leggen in een stad. In het tramvervoer bestaan de marktimperfecties eruit dat in een vrije markt de onderneming die eigenaar is van de fysieke infrastructuur over een economische machtspositie beschikt.

Het busvervoer kenmerkt zich door een netwerk dat niet zozeer bestaat uit een fysieke infrastructuur, zoals bij een waterleiding, kabels en rails, maar uit een netwerk van zogenaamde knooppunten. Deze knooppunten bestaan uit busstations, bushaltes, busbanen en de openbare weg. Er kan hier niet direct worden gesproken van een natuurlijk monopolie. Toch heeft dit netwerk een beperkte capaciteit en is het van belang dat dit op een efficiënte wijze wordt benut in verband met het tegengaan van congestie.

Als hier geen regulering zou plaatsvinden, ontstaan problemen van praktische aard. In de geschiedenis van het stads- en streekvervoer kwamen wij de 'wilde bussen' tegen, waarbij de concurrentie zo sterk werd dat onveilige situaties ontstonden. Bovendien zouden vervoerders alleen rendabele lijnen willen bedienen, ook wel genoemd: *cherry picking*. Het gaat dan om bepaalde tijden, zoals in de spits, en dan ook nog in gebieden waar veel consumenten willen reizen. Dit zou betekenen dat delen van het land onbediend zouden blijven en dat zou ten koste gaan van de vastgestelde publieke belangen, zoals het bevorderen van de economische groei en het openbaar vervoer in dunbevolkte gebieden.

Waar het tramvervoer zich kenmerkt door een natuurlijk monopolie, zijn er bij het busvervoer praktische problemen waardoor marktfalen ontstaat en de gestelde publieke belangen niet kunnen worden geborgd. De rechtvaardiging voor de regulering van het stads- en streekvervoer rust in belangrijke mate op de te borgen publieke belangen.

7.5.3 Concurrentiemodaliteiten

7.5.3.1 Inleiding

Om de redenen die in de vorige paragraaf zijn besproken, bestaat er een noodzaak tot overheidsingrijpen in de sector van het stads- en streekvervoer. Daarmee is niet meteen gezegd hoe moet worden ingegrepen. Hierna zal worden geanalyseerd welke concurrentiemodaliteiten feitelijk mogelijk (reëel) zijn in deze sector en worden de keuzes die hierin door de nationale wetgever zijn gemaakt, beoordeeld.

7.5.3.2 Concurrentie tussen marktsegmenten

In beginsel is in de bredere markt van vervoer sprake van concurrentie tussen verschillende vervoersvormen. Zo concurreert het openbaar vervoer als markt met het gebruik van de eigen auto. Consumenten wegen de voor- en nadelen van deze vervoersvormen tegen elkaar af en kiezen voor een van beide. Het is van belang dat het openbaar vervoer zo aantrekkelijk mogelijk is, zodat publieke belangen als beperking van milieuschade geborgd kunnen worden.

Hier concentreer ik mij echter puur op de sector stads- en streekvervoer en wordt de concurrentie met andere vervoersvormen zoals de eigen auto, de taxi en de trein buiten beschouwing gelaten. Aangezien tram- en busvervoer via een bepaalde infrastructuur of netwerk van knooppunten plaatsvindt, laat concurrentie tussen marktsegmenten zich binnen deze sector moeilijk denken.

7.5.3.3 Concurrentie op de markt

Voor het tramvervoer zou concurrentie op de markt in beginsel een mogelijkheid zijn. De eigenaar van de infrastructuur zou dan verschillende trammaatschappijen kunnen laten rijden. Hoewel dit in theorie denkbaar is, levert het allerlei praktische problemen op door de beperkte capaciteit van het netwerk (er kan maar een tram tegelijk over de rails) en is het de vraag of concurrentie wel tot stand komt.

In het busvervoer laat concurrentie op de markt zich beter denken. Een praktisch probleem dat hierbij speelt, is echter dat een vervoerder zal zijn geneigd tot *cherry-picking* door alleen te rijden op piekuren en in dichtbevolkte gebieden. Hoewel concurrentie op dat moment goed denkbaar is, is er daarmee geen oplossing voor de onrendabele lijnen, waar het toch een publiek belang is dat mensen van openbaar vervoer gebruik kunnen maken.

7.5.3.4 Concurrentie om de markt

De wetgever heeft in deze sector een beheerste vorm van concurrentie geïntroduceerd, door concurrentie om het netwerk te organiseren in het stads- en streekvervoer behalve in Amsterdam, Rotterdam en Den Haag. Gelet op het feit dat de voorgaande concurrentiemodaliteiten geen goede alternatieven blijken, is concurrentie om de markt een logische keuze. Het concurrentiemoment in het stads- en streekvervoer vindt periodiek plaats. De netwerken worden periodiek betwistbaar gesteld. Dit houdt kort gezegd in dat aanbieders concurreren om het verkrijgen van een wettelijk monopolie om gedurende een bepaalde periode in een bepaald gebied bij uitsluiting openbaar vervoer te verrichten. Aan dit recht kleven allerlei regels en voorwaarden die door de overheid worden gesteld en gehandhaafd. De onderneming

wordt derhalve in beginsel door de aanbestedende overheid en niet door de klant, de reiziger, afgerekend op zijn prestaties. Dit laatste is een kenmerk van deze vorm van concurrentie dat om aanvullende regulering vraagt. De aanbestedende overheid is de vrager op wiens vraag de onderneming haar handelen afstemt. Het is van belang voor de vruchtbaarheid van concurrentie dat de overheid op de hoogte is van de behoeften van de reizigers.

In de Memorie van Toelichting bij de Wp 2000 krijgen de (vermeende) positieve effecten van marktwerking en concurrentie op verschillende plaatsen aandacht. Zo wordt gesteld dat '(h)et onder concurrentie plaatsen leidt tot een betere prijs/kwaliteit prestatie van ondernemingen zodat met minder financiële middelen hetzelfde product geleverd kan worden, of met gelijkblijvend budget een beter product verkregen kan worden.'⁵⁷

En bovendien geeft '(d)it wetsvoorstel (..) de decentrale overheden het instrument van (openbare) aanbesteding van openbaar vervoer waardoor de verhouding met de vervoerders wordt verzakelijkt en de overheid meer waar voor haar geld krijgt.'⁵⁸

Daarnaast stelt men dat '(d)oordat subsidie wordt gekoppeld aan vervoersopbrengsten (...) de vervoerder zich (zal) moeten inspannen zo veel mogelijk aan de wensen van de reizigers tegemoet te komen. Op deze wijze toegepast zal marktwerking kunnen leiden tot beter openbaar vervoer dat een aantrekkelijk alternatief vormt voor de particuliere auto.'⁵⁹ Een specifiek doel van de wetgever op de langere termijn was om te profiteren van de kennis en innovatie door de concessiehouder, de vervoerder.⁶⁰

Inmiddels is uit evaluaties gebleken dat de hiervoor genoemde veronderstellingen niet zonder meer waar zijn en in de praktijk anders hebben uitgepakt.⁶¹ Zo blijkt dat geen verhoging heeft plaatsgevonden van de kostendeckingsgraad, hetgeen inhoudt dat het stads- en streekvervoer niet rendabeler is geworden; de overheid draagt hetzelfde aandeel bij als zij deed voor deze wet. Daarnaast is het niet gelukt het openbaar vervoer aantrekkelijker te maken zodanig dat consumenten de particuliere auto laten staan.⁶²

Geconcludeerd moet worden dat, ondanks het feit dat deze concurrentiemodaliteit een reële keuze is, de gestelde publieke belangen niet zijn geborgd. Uiteraard hangt het welslagen van een reguleringskeuze niet alleen af van de concurrentiemodaliteit, maar ook van de keuze voor een bepaald instrument om hieraan vorm te geven, de wijze waarop dat instrument wordt ingezet en door wie. In dit licht verdient de keuze van de wetgever voor een rigide aanbestedingsregime en de invloed van de reiziger aandacht. Hierop zal verderop worden ingegaan.⁶³

7.5.3.5 Prestatievergelijking

Een ander reëel alternatief voor deze sector is het uitvoeren van een prestatievergelijking onder publieke bedrijven. Dit is een mogelijkheid, die gelet op de recente politieke ontwikkelingen, zou kunnen worden overwogen voor het stadsvervoer in Amsterdam, Rotterdam en Den Haag, nu deze vooralsnog van de aanbestedingsverplichting en dus van concurrentie om de markt zullen zijn uitgezonderd. Tussen de drie publieke stadsvervoerders kan een prestatie-

⁵⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 4.

⁵⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 4.

⁵⁹ Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 4.

⁶⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 3.

⁶¹ Groenendijk 2005 en Berenschot, *Evaluatie aanbesteding OV-concessies*, Utrecht: 18 augustus 2004.

⁶² Groenendijk 2005, p. 12-13.

⁶³ Zie paragraaf 7.7.3.2.

vergelijking worden gemaakt om te bezien in hoeverre zij goed functioneren en op basis daarvan kan het betrokken bestuursorgaan regels aanscherpen en zo nodig handhaven. Op dit moment is van een dergelijke verplichting geen sprake, maar gelet op het gebrek aan prikkels bij deze publieke stadsvervoerder en het succes van benchmarking in andere sectoren, is dit systeem een geschikte aanvulling, nu de keuze is gemaakt om de publieke stadsvervoerders in stand te laten.

7.5.4 Slotsom

Het tram- en busvervoer wordt gekenmerkt door verschillende marktimperfecties. Zo is in het tramvervoer sprake van een natuurlijk monopolie. In het busvervoer is hiervan niet direct sprake, maar er is wel een beperkte infrastructuur. Hierdoor is het in verband met de te borgen publieke belangen niet mogelijk om deze sector aan 'de vrije markt' over te laten.

Concurrentie tussen marktsegmenten vindt plaats binnen de bredere vervoerssector. Voor het stads- en streekvervoer lijkt concurrentie tussen marktsegmenten niet aangewezen. Het is niet onmogelijk om concurrentie tussen bus- en tramvervoer te organiseren, maar het is gelet op de te bereiken publieke belangen zinvoller als deze vervoersvormen goed op elkaar aansluiten. Daarom ligt concurrentie niet voor de hand. Concurrentie op de markt is in het tramvervoer theoretisch mogelijk. Er zou dan een splitsing moeten plaatsvinden tussen de eigenaar/beheerder van de infrastructuur en de vervoerders. Gelet op de grote investeringen in het materieel tezamen met de onzekerheid voor de vervoerder en het beperkte gebied in de steden om te concurreren, is het onwaarschijnlijk dat concurrentie hier van de grond zou komen.

Concurrentie om de markt is de keuze van de Nederlandse wetgever sinds de invoering van de Wp 2000. In deze modaliteit concurreren verschillende vervoerders met elkaar om op een bepaalde regionale markt voor een bepaalde periode het stads- en streekvervoer te mogen verrichten. In de praktijk blijkt dat er maar drie concurrenten meedingen naar de concessies. Dit is een te klein aantal concurrenten om van gezonde concurrentie te kunnen spreken. Daarnaast is een nadeel van deze concurrentievorm dat de vervoerders concurreren om de gunst van de overheid en niet van de reiziger. Als de overheid zich onvoldoende bewust is van de behoefte van de reizigers, zal dit ten koste gaan van de deelname aan het openbaar vervoer en daarmee van de vastgestelde publieke belangen, zoals het tegengaan van congestie (doordat reizigers de particuliere auto gebruiken) en de kostenefficiëntie (door minder reizigersopbrengsten moet de overheid meer bijdragen aan het realiseren van het stads- en streekvervoer. Dit probleem kan echter worden opgelost zonder voor een andere concurrentiemodaliteit te kiezen, zoals later in dit hoofdstuk duidelijk zal worden. Het is niettemin een logische keuze van de Nederlandse wetgever om voor deze concurrentievorm te kiezen omdat in de toekomst op grond van het sectorspecifieke EU-recht een algemene plicht zal gelden om concessies aan te besteden voor het stads- en streekvervoer (een aantal uitzonderingen daargelaten).

Een andere optie waarvoor niet is gekozen, is maatstafconcurrentie of benchmarking. Dit is een reëel en, gelet op de recente politieke ontwikkelingen rond de GVB's, goed alternatief voor het introduceren van een beperkte vorm van concurrentie in het stadsvervoer in de drie grote steden die nog een GVB hebben.

7.6 Partijen

7.6.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de verschillende partijen die een rol spelen in de sector van het stads- en streekvervoer aan bod om te beschrijven welke rol welke partij in de sector heeft. Daarom wordt ingegaan op hun hoedanigheid en bevoegdheden. Er zijn drie clusters partijen te onderscheiden in elke nutssector. Het gaat om de overheid in verschillende verschijningsvormen die de sector reguleert, de ondernemingen die het stads- en streekvervoer verzorgen en de consumenten die er gebruik van maken, oftewel de reizigers.

Voor het beantwoorden van de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is deze analyse van belang omdat zo kan worden beoordeeld in hoeverre de wetgever het borgen van publieke belangen uit handen van de overheid geeft. Dit houdt een indicatie in van wie de verantwoordelijkheid draagt voor het borgen van publieke belangen.

Eerst wordt hierna ingegaan op de overheden (7.6.2), vervolgens op de vervoersondernemingen (7.6.3) en ten slotte op de reizigers, de consumenten van het stads- en streekvervoer (7.6.4). Aan de hand van deze beschrijving wordt in de slotsom de vraag beantwoord hoe de verantwoordelijkheidsverdeling tussen markt en overheid kan worden geduid in het stads- en streekvervoer (7.6.5).

7.6.2 Overheden

7.6.2.1 Vervoersautoriteiten

Belangrijke partijen in het stads- en streekvervoer zijn de regionale overheden, die functioneren als vervoersautoriteiten. Deze bestuursorganen zijn bevoegd tot het verlenen, intrekken of wijzigen van een exclusief recht om openbaar vervoer te verrichten in een bepaalde regio voor een bepaalde duur door middel van een concessie. Dit zijn de colleges van GS, tenzij het gaat om stads- en streekvervoer binnen een Kaderwetgebied.⁶⁴ In dat geval zijn de besturen van de kaderwetgebieden de aangewezen vervoersautoriteiten. Er zijn naast de twaalf colleges van GS zeven besturen van kaderwetgebieden⁶⁵ en daarmee in totaal 19 vervoersautoriteiten.

Deze vervoersautoriteiten zijn allen bestuursorganen in de zin van art. 1:1 lid 1 sub a Awb. Dit betekent dat zij voor al hun handelen aan de normen van het publiekrecht zijn onderworpen. Zij hebben op grond van de Wp 2000 veel ruimte om invulling te geven aan de concessies die zij verlenen. De vervoersautoriteiten zijn tevens belast met de handhaving van de concessievoorschriften.

7.6.2.2 Minister

De Minister van Verkeer en Waterstaat (de Minister) is bevoegd om de vergunning voor collectief personenvervoer aan een vervoerder te verlenen.⁶⁶ In de praktijk wordt deze vergunning afgegeven door de Inspectie Verkeer en Waterstaat (hierna: 'IVW'), onderdeel van het

⁶⁴ Art. 20 lid 2 Wp 2000.

⁶⁵ Art. 20 lid 2 Wp 2000 j° 104 Wet gemeenschappelijke regelingen.

⁶⁶ Art. 5 Wp 2000.

Ministerie van Verkeer en Waterstaat en werkzaam onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid.⁶⁷

Daarnaast verstrekt de Minister aan de vervoersautoriteiten jaarlijks een brede doeluitkering (BDU verkeer en vervoer) ten behoeve van de voorbereiding en de uitvoering van het verkeer- en vervoerbeleid.⁶⁸ In deze uitkering is een aantal geldstromen gebundeld ten behoeve van het integrale verkeer- en vervoerbeleid. Het gaat hierbij onder meer om de gebundelde doeluitkering voor infrastructuur en de bijdrage voor de exploitatie openbaar vervoer (rijksbijdrage).⁶⁹ Binnen de BDU verkeer en vervoer is sprake van zogenaamde ontschotting. Het is vervoersautoriteiten daarom toegestaan om naar eigen inzicht prioriteiten te stellen binnen de BDU verkeer en vervoer.⁷⁰

7.6.2.3 *Vervoerkamer Nederlandse Mededingingsautoriteit*

Een derde partij van belang op overheidsniveau is de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (raad van bestuur) die is belast met de uitvoering van de Wp 2000 voor zover dit in de wet aan hem is opgedragen. In de praktijk worden deze bevoegdheden uitgeoefend door de Vervoerkamer, een onderdeel van de NMa. De Vervoerkamer is sinds 1 januari 2004 opgericht en houdt sectorspecifiek toezicht op de vervoerssector.

De belangrijkste taak van de Vervoerkamer bestaat uit het toezicht houden op de GVB's om de bepalingen, dat zij bepaalde activiteiten niet mogen ontplooiën, te handhaven.⁷¹ Daarnaast is een bepaling opgenomen in de Wp 2000 die pas in werking zou treden wanneer de markt daartoe aanleiding zou geven. De raad van bestuur is op grond van deze bepaling bevoegd een vervoerder een verklaring van geen bezwaar te geven om de concessie te mogen uitoefenen, indien daartoe noodzaak bestaat.⁷²

7.6.3 Ondernemingen

7.6.3.1 *Inleiding*

Er zijn verschillende typen ondernemingen in het Nederlandse stads- en streekvervoer. Ten eerste de vervoerders die mededingen naar een concessie en ten tweede de GVB's in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam. Op deze ondernemingen zijn ook twee verschillende regimes van toepassing. Op de gewone vervoerders het aanbestedings- en op de GVB's het inbestedingsregime. Op deze regimes wordt hierna ingegaan. De eerste groep wordt hierna aangeduid als 'vervoerders' en de tweede groep als GVB's.

7.6.3.2 *Vervoerders*

De vervoerder die het recht, maar ook de plicht, verwerft of beoogt te verwerven om openbaar vervoer te verrichten, is een van de partijen in deze sector die de dienst levert. Vervoerders hebben op grond van hun omvang de vorm van structuurvennootschappen op grond van

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 11.

⁶⁸ Artt. 2 en 3 Wet BDU Verkeer en Vervoer, *Stb.* 2005, 28.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 469, nr. 3, p. 4-5.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 469, nr. 3, p. 3.

⁷¹ Art. 69 Wp 2000.

⁷² Art. 51 Wp 2000. Zie uitgebreider paragraaf 4.7.5.

het BW. Er zijn drie grote vervoerders die geregeld meedingen naar concessies, te weten Arriva, Veolia en Connexxion. Arriva (dochter van het Britse Arriva plc) en Veolia (dochter van het Franse Veolia) zijn volledig private partijen. Connexxion is op dit moment nog voor 33,3% in handen van de Nederlandse Staat. De overige 66,7% van de aandelen is in handen van een consortium van Transdev en de Bank Nederlandse Gemeenten. Transdev heeft zich verplicht na vijf jaar de resterende 33,3% van de aandelen te kopen.⁷³ Er zijn derhalve relatief weinig meedingers op de markt van het stads- en streekvervoer. Toch zijn volgens de NMa de marktposities niet dusdanig dat kan worden gesproken van een economische machtspositie die kan ontstaan of worden versterkt of van onvoldoende concurrentie.⁷⁴

Door het periodiek aanbesteden kan een zittende vervoerder de concessie verliezen. In de Wp 2000 wordt het personeel van een vervoerder beschermd bij de overgang van een concessie. Zo is geregeld dat bij de overgang van een concessie, bepaalde rechten en verplichtingen van de voormalige concessiehouder jegens het personeel, overgaan op de nieuwe concessiehouder.⁷⁵ Dit komt erop neer dat de nieuwe vervoerder die een aanbesteding wint, verplicht is om het personeel over te nemen van de oude vervoerder dat in die betreffende regio is ingezet. Deze bepaling is in de wet opgenomen als een overgangsregeling om te voorkomen dat de vervoerders zouden gaan concurreren op collectieve arbeidsvoorwaarden. De bepaling is bedoeld om de rechten van het personeel veilig te stellen in de overgang naar een geliberaliseerde sector. Deze personeelsparagraaf zou eind 2010 aflopen en uit de wet verdwijnen.⁷⁶ Inmiddels is besloten deze bescherming voor het zittende personeel in belangrijke mate te handhaven, ook na 2010. Hier wordt duidelijk dat er, in verband met het beschermen van een publiek belang, een aanzienlijke toetredingsdrempel wordt opgeworpen voor vervoerders. Dit heeft bovendien gevolgen voor de concurrentie, omdat de helft van de kosten van een vervoerder bestaat uit personeelskosten.

7.6.3.3 Gemeentelijke vervoerbedrijven

Een andere partij die stads- en streekvervoer verzorgt is het Gemeentelijke Vervoerbedrijf (GVB). Zoals eerder al is aangehaald, waren de gemeenten Amsterdam, Den Haag, Utrecht en Rotterdam gehouden om hun GVB's voor 1 januari 2007 te verzelfstandigen en te privatiseren. Dan zou de concessie worden verlengd, zodat per 1 januari 2012 het stadsvervoer kon worden aanbesteed. Als gevolg daarvan konden de GVB's dan voldoen aan de op handen zijnde wettelijke aanbestedingsplicht. Alleen Utrecht voldeed aan deze wettelijke eis en privatiseerde haar GVB door alle aandelen in de NV te verkopen aan Connexxion. Naderhand bleek de Tweede Kamer van gedachten veranderd en werd besloten om toe te staan dat de concessie onderhands, dus zonder aanbestedingsprocedure, aan de GVB's zou worden verleend. De GVB's van Amsterdam, Rotterdam en Den Haag hoeven daarom niet langer te worden gepriyatiseerd.

Het GVB van Amsterdam is verzelfstandigd in een NV waarin alle aandelen worden gehouden door de Gemeente Amsterdam. Het Haagse GVB, de HTM, is een NV waarvan 66,7% van de aandelen worden gehouden door de gemeente Den Haag en 33,3% door de NV Haagse Buurtspoorwegen. Het Rotterdamse GVB, de RET, is ook verzelfstandigd in de vorm van een NV.

⁷³ *Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 74.*

⁷⁴ Besluit van de Raad van Bestuur NMa 5840, par. 32 e.v. (*Connexxion/GVU*).

⁷⁵ Art. 37 lid 1 Wp 2000.

⁷⁶ Art. 143 lid 2 Wp 2000.

7.6.4 Consument

De reiziger of consument van openbaar vervoer staat centraal in het stads- en streekvervoer. Zoals hiervoor aan de orde gekomen worden er concessievoorschriften opgenomen met betrekking tot het beschermen van de belangen van de reiziger. Daarnaast is er op verscheidene momenten een verplichting tot het vragen van advies aan en het voeren van overleg met consumentenorganisaties.⁷⁷ Zo wordt aan consumentenorganisaties om advies gevraagd voor de verlening of wijziging van een concessie en wordt overlegd voorafgaand aan het advies.⁷⁸ Verder heeft de concessieverlener een jaarlijkse informatieverplichting jegens de consumentenorganisaties over de door hem genomen maatregelen die de reiziger raken.⁷⁹

De vervoersautoriteiten hebben geen rechtstreeks contact met de reizigers; die communicatie verloopt uitsluitend via de consumentenorganisaties. Uit meerdere evaluaties komt naar voren dat de wensen en klachten van de reiziger onvoldoende worden gehoord. Vervoerders zijn van oordeel dat het overleg met de consumentenorganisaties 'allesbehalve een garantie is voor de aandacht voor de consument, omdat deze organisaties in veel gevallen geen representatieve vertegenwoordiging van de reiziger zijn.' Sommige vervoerders vinden ook dat de reiziger onvoldoende is betrokken bij de totstandkoming van het product zelf.⁸⁰ Consumentenorganisaties vinden dat de reiziger te weinig als klant centraal staat en dat vervoerders meer lijken te zijn gericht op de wensen van de vervoersautoriteit dan op die van de consument.⁸¹ Uit de evaluatie van de Wp 2000 kwam naar voren dat de positie van de individuele reiziger is verzwakt. Voor de inwerkingtreding van deze wet kon de reiziger bezwaar maken tegen de dienstregeling, waar nu alleen nog advies aan consumentenorganisaties hoeft te worden gevraagd.⁸²

In de praktijk gaat er dus slechts een zwakke prikkel van de reiziger uit. Dit betekent dat de wetgever en de vervoersautoriteiten er niet in slagen om het nadeel van de gekozen vorm van concurrentie – concurreren om de gunst van de vervoersautoriteit en niet om de gunst van de reiziger – te ondervangen. Reizigers kunnen de vervoerder immers niet rechtstreeks afrekenen op zijn prestaties omdat ze geen directe alternatieven hebben. Zij kunnen niet kiezen voor een concurrent, die beter openbaar vervoer aanbiedt, maar zijn gebonden aan de vervoerder in hun regio.

7.6.5 Slotsom

Verschillende overheidsinstellingen houden zich op verschillende niveaus bezig met bepaalde terreinen in het stads- en streekvervoer. De regionale vervoersautoriteiten hebben de meeste invloed op het vervoer en veel vrijheid bij het bepalen van de inhoud van de concessie. De voorschriften van de concessie worden door de vervoersautoriteiten gehandhaafd. Zij hebben daarom een grote invloed op het borgen van publieke belangen. Als gezegd, zou hierbij gestreefd moeten worden naar een optimale balans tussen marktwerking en het borgen van publieke belangen.

⁷⁷ Artt. 27, 28 en 44 Wp 2000.

⁷⁸ Art. 27 Wp 2000.

⁷⁹ Art. 28 Wp 2000

⁸⁰ Berenschot, *Evaluatie aanbesteding OV-concessies*, Utrecht: 18 augustus 2004, p. 53.

⁸¹ Lenten e.a. 2004, p. 26.

⁸² Groenendijk e.a. 2005, p. 64.

De raad van bestuur van de NMa vervult de rol van marktautoriteit en houdt zich tot dusver alleen bezig met het toezicht op de GVB's. De Minister verleent een vergunning voor het verrichten van collectief personenvervoer en is bevoegd om de bepalingen van de Wp 2000 te handhaven.

De vervoerders vallen uiteen in twee categorieën: de gewone vervoerders en de GVB's. Er zijn slechts drie vervoerders die meedingen naar concessies in het stads- en streekvervoer. Aangezien zij alledrie bij nagenoeg alle concessies meedingen, concludeert de NMa dat geen sprake is van onvoldoende concurrentie. De GVB's mogen niet meedingen naar concessies, zij mogen slechts openbaar vervoer verrichten in hun Stadsregio Plus.

Er blijkt te weinig aandacht in de praktijk voor de behoeften van de reiziger. Als niet naar de behoefte van de reiziger wordt geluisterd, kan dit betekenen dat gekozen wordt voor een andere vervoersvorm.

Per saldo hebben de vervoersautoriteiten, waarop ook de politiek invloed kan uitoefenen, de beslissende invloed in handen. Het vervoer zelf wordt uitgevoerd door private vervoerders. Er is in het stads- en streekvervoer een mix van overheid en markt, waarbij de overheid de eindregie voert over de eisen die worden gesteld aan het vervoer.

7.7 Instrumenten

7.7.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de instrumenten die de wetgever heeft gecreëerd aan bod. Het belangrijkste instrument met een ontwerpfunctie is de concessie, die wordt verleend door de regionale overheid. Vervolgens komt de aanbesteding aan de orde. Zij is geen instrument op zich, maar heeft gevolgen voor de wijze waarop de concessie wordt verleend. Voor het verkrijgen van een concessie dient de vervoerder een vergunning van de minister te hebben. Door middel van deze vergunning worden bepaalde kwaliteitseisen bij de vervoerder verzekerd. De minister beschikt over toezichts- en handhavingsbevoegdheden – instrumenten met een controle- en correctiefunctie in de zin van deze studie – om ervoor te zorgen dat de regels die gelden op grond van de Wp 2000 worden nageleefd.

In de slotsom worden aan de hand van deze beschrijving de volgende vragen beantwoord. Zijn er voldoende instrumenten met een ontwerp-, controle- en correctiefunctie en zijn het er niet teveel? Bieden ze voldoende grip om de vastgestelde publieke belangen te borgen of wordt veel vrijheid uit handen gegeven? In hoeverre is de inzet van de instrumenten democratisch gelegitimeerd? Zijn er instrumenten beschikbaar om in te grijpen als er iets misgaat in het stads- en streekvervoer? Deze vragen zijn van belang voor de vraag of en in hoeverre met de beschikbare instrumenten de vastgestelde publieke belangen kunnen worden geborgd.

7.7.2 Concessie

7.7.2.1 Algemeen

In het stads- en streekvervoer is de concessie het uitsluitende recht dat een vervoersautoriteit verleent aan een vervoerder om binnen een bepaalde regio voor een bepaald tijdvak openbaar vervoer te verrichten.⁸³ Zoals eerder besproken moet de concessie voor diensten worden gekenmerkt als een exclusief recht dat door een bestuursorgaan wordt verleend aan een onderneming om activiteiten te verrichten die in het algemeen belang worden geacht. De onderneming draagt het exploitatierisico en is tevens verplicht de geconcedeerde activiteit uit te oefenen.⁸⁴ Het besluit tot concessieverlening op grond van de Wp 2000 is een beschikking in de zin van de Awb en derhalve appellabel. De wetgever heeft gekozen voor een beschikking omdat deze werkt jegens een ieder. Het verstrekken van een exclusief recht in een privaatrechtelijk contract zou slechts partijen binden.⁸⁵

De vervoersautoriteit kan een subsidie verstrekken voor het in een concessie omschreven openbaar vervoer.⁸⁶ Hierop zijn de subsidiebepalingen van de Awb van toepassing. Deze subsidie is gekoppeld aan de vervoersopbrengsten.⁸⁷ Op deze manier beoogt men de ver-

⁸³ Art. 1 sub I Wp 2000.

⁸⁴ Zie paragraaf 4.5.5.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 12.

⁸⁶ Art. 22 Wp 2000.

⁸⁷ Voor de verdeling van de vervoersopbrengsten over de vervoerders wordt het zgn. WROOV-systeem (WROOV staat voor Werkgroep Reizigers Omvang en Omvang Verkopen) toegepast. Op basis van dit systeem wordt ingeschat bij welke vervoerder reizigers de door hun gekochte nationale strippenkaarten gebruiken. Dit gebeurt mede op grond van reizigersenquête.

voerder te prikkelen zoveel mogelijk op de wensen van de reiziger in te spelen. De concessiehouder is verplicht openbaar vervoer te verrichten zoals dat in de concessie is bepaald.⁸⁸ Verder kan over de uitvoering van de concessie een overeenkomst worden gesloten tussen vervoersautoriteit en vervoerder.⁸⁹ Deze afspraken maken dus in de praktijk niet altijd deel uit van de concessie.

Een voorwaarde voor het verkrijgen en het uitoefenen van de concessie is dat de betrokken vervoerder in het bezit is van een vergunning voor collectief personenvervoer die wordt verleend door de Minister.⁹⁰

De vervoersautoriteiten verlenen de concessie na aanbesteding in concurrentie. Een concessie heeft in beginsel een maximumduur van acht jaar.⁹¹ Dit tijdvak kan eenmaal met maximaal twaalf maanden worden verlengd als een aanbesteding niet tot concessieverlening heeft geleid.⁹² Er zijn situaties waarin een langere concessieduur kan worden overeengekomen, bijvoorbeeld wanneer een vervoerder grote investeringen moet doen in de infrastructuur.⁹³

De vervoersautoriteit kan aan de concessie voorschriften verbinden.⁹⁴ In de concessie moeten, zoals eerder besproken, in ieder geval bepaalde voorschriften in het belang van de reiziger worden opgenomen. Het gaat hierbij om de toegankelijkheid van het openbaar vervoer voor gehandicapten⁹⁵, het overleg met consumentenorganisaties⁹⁶, de tarieven⁹⁷, de dienstregeling⁹⁸ en veiligheidseisen.⁹⁹ Daarnaast moeten er voorschriften ter beoordeling van de uitvoering van de concessie worden opgenomen ten aanzien van financiële verantwoording¹⁰⁰ en informatieverstopping aan de concessieverlener.¹⁰¹ Tot slot moet in de concessie duidelijkheid zijn over de financiële randvoorwaarden, te weten de subsidieverstrekking en de tarieven.¹⁰² Er moet in de concessie aandacht worden besteed aan deze onderwerpen maar de concrete invulling ervan wordt overgelaten aan de concessieverlener. Bovendien heeft de concessieverlener beleidsvrijheid en kan hij daarom ook andere voorschriften aan de concessie verbinden. Uiteraard moeten deze, gelet op het specialiteitsbeginsel, wel binnen het doel van deze regeling vallen. In de toelichting wordt ingegaan op deze vrijheid van de concessieverlener. 'De concessieverlenende overheid heeft de mogelijkheid om voorschriften te stellen aan de concessiehouder met betrekking tot de exploitatie van het openbaar vervoer, zonder zich in detail met het vervoersaanbod te bemoeien. Binnen de door de aanbestedende overheid geformuleerde concessievoorschriften heeft de vervoerder de mogelijkheid de ontwikkeling van het openbaar vervoer ter hand te nemen. De vervoerder beschikt bij uitstek over de

⁸⁸ Art. 34 lid 1 Wp 2000.

⁸⁹ *Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 12.*

⁹⁰ Art. 1 sub n en art. 4 Wp 2000.

⁹¹ Art. 24 lid 1 Wp 2000.

⁹² Art. 47 Wp 2000.

⁹³ Art. 24 lid 2 Wp 2000.

⁹⁴ Art. 32 lid 1 Wp 2000.

⁹⁵ Art. 32 lid 2 sub g Wp 2000.

⁹⁶ Art. 32 lid 2 sub a en b Wp 2000.

⁹⁷ Art. 32 lid 2 sub d Wp 2000.

⁹⁸ Art. 32 lid 2 sub f Wp 2000.

⁹⁹ Art. 32 lid 2 sub h Wp 2000.

¹⁰⁰ Art. 32 lid 2 sub e Wp 2000.

¹⁰¹ Art. 32 lid 2 sub c Wp 2000.

¹⁰² *Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 16.*

marktkennis om een efficiënt, effectief en klantgericht vervoersnetwerk te ontwerpen.¹⁰³ Volgens de wetgever berust de beleidvoeringsfunctie bij de concessieverlener en de uitvoeringsfunctie bij de vervoerder. De ontwikkelingsfunctie, die ziet op tarieven, lijnvoering, gebruik materieel etc. vereist een complexe aanbesteding en daarom wordt aanbesteding hiervan niet verplicht.¹⁰⁴ Het 'streefbeeld' van de wetgever is echter wel dat ook deze functie wordt aanbesteed.¹⁰⁵

De tariefregulering in deze sector bevindt zich in een overgangsfase van de nationale strippenkaart naar de OV-chipkaart. Met deze laatste kaart kan met de vervoerder rechtstreeks worden afgerekend. Bij de nationale strippenkaart krijgt hij achteraf na een berekening een deel van de inkomsten die zijn gegenereerd door de verkoop van de strippenkaart.¹⁰⁶ Voor de concurrentie zal de OV-chipkaart een meer rechtstreekse prikkel voor de vervoerder kunnen opleveren dan de nationale strippenkaart, omdat de vervoerder direct resultaat ziet.

Op grond van de Wp 2000 en het Bp 2000 kan de minister nationale vervoerbewijzen en de tarieven ervan vaststellen.¹⁰⁷ Op basis hiervan heeft de minister nu een aantal nationale kaartsoorten vastgesteld, waaronder de strippenkaart. In een brief aan de Tweede Kamer geeft de minister van Verkeer en Waterstaat aan dat zij na volledige invoering van de OV-chipkaart de nationale vervoerbewijzen zal afschaffen.¹⁰⁸ In antwoord op Kamervragen geeft de minister aan dat zij geen rol meer heeft bij de tarieven in het stads- en streekvervoer na invoering van de OV-chipkaart. De vervoersautoriteiten zijn zo in staat om de tariefvrijheid te benutten.¹⁰⁹ De Wp 2000 bepaalt dat de vervoersautoriteit aan de concessie voorschriften ten aanzien van de tarieven moet verbinden.¹¹⁰

De vervoersautoriteit heeft dus een aanzienlijke beleidsvrijheid bij de invulling van de concessie. Een probleem dat zich in de praktijk voordoet, is dat de vervoersautoriteit de eisen zo gedetailleerd invult dat de innovatie van de zijde van de vervoerder die door de wetgever werd beoogd, in het geheel niet van de grond komt.¹¹¹ De zogenaamde ontwikkelfunctie ligt door deze praktijk bij de overheid, terwijl het de bedoeling was deze functie bij de vervoerders, de markt, neer te leggen. Kennelijk trekt de vervoersautoriteit zich dit doel van de Wp 2000 onvoldoende aan. Door de vervoersautoriteit zoveel vrijheid te geven wordt dus een belangrijk doel van de wet ondermijnd.

In de praktijk blijkt dat de vervoersautoriteiten vooral de volgende beleidsdoelen nastreven: het verbeteren van de kwaliteit van de dienstverlening, het verbeteren van de bereikbaarheid en leefbaarheid, het voorzien in de sociale functie en het verbeteren van de prijs-kwaliteitverhouding.¹¹² In het programma van eisen dat door de vervoersautoriteit wordt opgesteld voordat de aanbesteding plaatsvindt, blijken in de praktijk de belangrijkste elementen van de dienstregeling in kwalitatieve zin (bijvoorbeeld het aandoen van specifieke locaties), nieuw materieel, financiën, de dienstregeling kwantitatief (aantal dienstregelingen) en de lijnvoering van het netwerk.¹¹³ De dienstregeling moet worden vastgesteld door de vervoerder. Hoewel in programma's van eisen wel eens

¹⁰³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 12.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 14.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 14.

¹⁰⁶ Op grond van het eerder aangehaalde WROOV-systeem.

¹⁰⁷ Art. 30 lid 1 Wp 2000 j° art. 42 lid 1 Bp 2000.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 23 645, nr. 141.

¹⁰⁹ Vragen van het Lid Gerkens (*Aanhangsel Handelingen I of II* 2005/06, nr. 1479).

¹¹⁰ Art. 32 lid 1 sub d Wp 2000.

¹¹¹ Groenendijk e.a. 2005, p. 62 e.v.

¹¹² Berenschot 2004, p. 31-32.

¹¹³ Berenschot 2004, p. 37.

wordt bepaald dat de vervoersautoriteit met de dienstregeling moet instemmen, mag dit volgens de rechter op grond van de Wp 2000 niet.¹¹⁴ De rechter was dit van oordeel omdat de Wp 2000 niet voorziet in een specifieke bevoegdheid daartoe van de vervoersautoriteit. De rechter meent dat deze bevoegdheid niet uit art. 31 of 32 Wp 2000 is af te leiden. In deze artikelen staat bepaald welk soort concessievoorschriften de vervoersautoriteit aan een concessie kan verbinden.

7.7.2.2 *Personeelsparagraaf*

Een opmerkelijke regeling ten aanzien van de concessie, is dat de nieuwe concessiehouder wordt verplicht om personeel van de oude concessiehouder over te nemen. Dit is opmerkelijk omdat dit juist de concurrentie tegengaat, daar vijftig procent van de kosten die een vervoerder heeft personeelskosten zijn. Doordat deze regeling, die wordt aangeduid als de personeelsparagraaf, onvoldoende doordacht is, is er veel over deze regeling geprocedeerd.¹¹⁵

Bij het overnemen van het personeel komt een aantal verplichtingen kijken. Zo moet de huidige concessiehouder op verzoek van de concessieverlener een openbare opgave verstrekken betreffende de rechten en plichten ten aanzien van het over te nemen personeel.¹¹⁶ Het over te nemen personeel bestaat uit direct en indirect personeel. Direct personeel is het personeel dat rechtstreeks voor het betreffende vervoer werd ingezet. Indirect personeel is personeel dat niet rechtstreeks werkzaam was in verband met de concessie. Deze laatste categorie wordt berekend op basis van de verhouding tussen de verminderde omzet ten gevolge van de overgang van de concessie en de totale omzet, berekend over het boekjaar, voorafgaand aan het jaar waarin de concessieovergang plaatsvindt.¹¹⁷ Op deze berekening is veel kritiek en deze heeft in de praktijk tot procedures geleid. De beide vervoerders treden binnen een maand na de concessieverlening met elkaar en de werknemersverenigingen in overleg om te bewerkstelligen dat de overgang goed verloopt.¹¹⁸

Uit een voorlopige voorziening¹¹⁹ die werd aangespannen bij de allereerste aanbesteding onder het regime van de Wp 2000 bleek dat onder andere artikel 39 Wp 2000 problemen kent bij de toepassing ervan. Het geschil spitte zich toe op de vraag welke gegevens over het personeel dat in het kader van de concessieverlening overgaat, door de concessiehouder ten behoeve van de gemeente en de inschrijvers voor de concessie moet worden verstrekt. Connexxion stelde zich op het standpunt dat de door Arriva verstrekte gegevens over het indirecte personeel niet voldoen aan het bepaalde in artikel 39 lid 1 Wp 2000. Dit heeft volgens Connexxion tot gevolg dat Arriva bij het inschrijven een onaanvaardbaar voordeel ten opzichte van de overige inschrijvers verkrijgt dat strijdig is met het Europese aanbestedingsrecht en bovendien nog een onrechtmatige daad van de gemeente en Arriva is. Artikel 37 Wp 2000 eiste dat de gegevens werden berekend over het boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de concessieverlening zou plaatsvinden. Arriva heeft gesteld dat deze definitieve gegevens van een boekjaar gewoonlijk pas in de tweede helft van het kalenderjaar na het boekjaar volledig beschikbaar komen. Partijen zijn het erover eens dat dit in de praktijk niet kan.¹²⁰ In de praktijk wordt een andere lijn gevolgd na uitkristallisering in de rechtspraak, hoewel deze niet conform de letter van de Wp 2000 is.¹²¹

¹¹⁴ CBB 9 oktober 2002, *AB* 2003, 94 (m.nt. JHvdV).

¹¹⁵ Nouhuys 2007, p. 108.

¹¹⁶ Art. 39 lid 1 Wp 2000.

¹¹⁷ Art. 37 lid 2 Wp 2000.

¹¹⁸ Art. 40 Wp 2000.

¹¹⁹ Rb. Leeuwarden (pres.) 30 maart 2001, *KG* 2001, 119.

¹²⁰ Inmiddels is door de inwerkingtreding van de Veegwet art. 37 WP 2000 zodanig gewijzigd dat het aantal indirecte personeelsleden moet worden berekend over het laatst afgesloten boekjaar voorafgaand aan het jaar waarin de *concessieovergang* plaatsvindt.

¹²¹ Nouhuys 2007, p. 108.

Hoewel het aanvankelijk de bedoeling was dat de personeelsparagraaf zou aflopen, heeft de Tweede Kamer toch gekozen voor een blijvende regeling voor de overgang van het direct aan de concessie verbonden personeel.¹²² De inhoud van de regeling is nog niet duidelijk. Gelet op de problemen die zich in de praktijk voordoen, mag een doordachter voorstel worden verwacht.

7.7.2.3 Aanbesteding

Zoals eerder opgemerkt, wordt een substantieel gedeelte van de concessies in het stads- en streekvervoer in concurrentie aanbesteed.¹²³ In de Wp 2000 wordt voorgeschreven dat concessies worden aanbesteed volgens het regime van de Aanbestedingsrichtlijn.¹²⁴ Een aantal artikelen van het Besluit Overheidsaanbestedingen, dat een omzetting vormt van de Aanbestedingsrichtlijn, is van overeenkomstige toepassing verklaard op het aanbesteden van concessies, mits het Europees vastgestelde drempelbedrag wordt gehaald.¹²⁵ De wetgever heeft van de richtlijn weer een aantal mogelijke procedures uitgezonderd. Vervoersautoriteiten hebben slechts de keuze tussen de openbare en de niet openbare aanbestedingsprocedure. Bij een openbare procedure mogen alle gegadigden een offerte indienen. Bij de niet openbare aanbestedingsprocedure mogen alle gegadigden zich aanmelden en een offerte indienen. Vervolgens vindt een voorselectie plaats en mogen uiteindelijk alleen de geselecteerde partijen een offerte indienen.¹²⁶

Voor deze procedures geldt dat de aanbestedende dienst non-discriminatoir en transparant moet handelen.¹²⁷ Dit betekent dat het voorwerp van de aanbesteding voldoende duidelijk en non-discriminatoir moet zijn beschreven, dat de selectie- en gunningscriteria vooraf bekend moeten zijn en dat deze objectief en transparant moeten worden geformuleerd.¹²⁸ Daarnaast betekent dit dat de totstandkoming en indiening van een offerte in één ronde moet plaatsvinden. Er is derhalve geen sprake van ruimte voor onderhandeling of overleg voor de gunning plaatsvindt.¹²⁹

Door deze keuze van de nationale wetgever gaat zij verder dan hetgeen op grond van EU-recht is vereist. Zoals wij al eerder zagen eist het EU-recht immers nog niet dat concessies in het openbaar vervoer worden aanbesteed. Bovendien kiest de wetgever niet alleen voor het aanbestedingsinstrument maar ook voor een rigide vorm van aanbesteding.

De aanbesteding vindt plaats in grofweg drie fasen. De concessieverlener stelt allereerst een reglement op ten aanzien van de procedure van aanbesteding.¹³⁰ Dit reglement kan worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift, waartegen op grond van de Awb geen bezwaar en beroep mogelijk is.¹³¹ In de tweede fase, alvorens de aanbesteding plaats-

¹²² Art. 142 lid 2 Wp 2000.

¹²³ Al het stads- en streekvervoer behoudens datgene wat verzorgd wordt door de drie GVB's.

¹²⁴ Art. 61 en 49 WP 2000 j° art. 37 BPV 2000 j° Besluit overheidsaanbestedingen.

¹²⁵ Art. 37 Bp 2000.

¹²⁶ Art. 1 sub t en u Besluit overheidsaanbestedingen.

¹²⁷ Art. 2 Besluit overheidsaanbestedingen.

¹²⁸ Nouhys 2007, p. 104.

¹²⁹ Nouhuys 2007, p. 104.

¹³⁰ Art. 50 Wp 2000.

¹³¹ Art. 8:2 Awb, zie Van Ommeren 2004, p. 27.

vindt, stelt de concessieverlener een programma van eisen op.¹³² Voordat het programma van eisen wordt vastgesteld, wordt advies gevraagd aan en overlegd met consumentenorganisaties.¹³³ Dit programma van eisen kan worden aangemerkt als een voorbereidingsbesluit in de zin van de Awb omdat het geen zelfstandige rechtsgevolgen heeft en is derhalve niet vatbaar voor bezwaar en beroep.¹³⁴

De derde fase betreft de aanbesteding zelf. De vervoerders zijn verplicht desgevraagd aan de concessieverlener gegevens te verschaffen voor zover die voor het voorbereiden van de aanbesteding noodzakelijk zijn.¹³⁵ De concessieverlener kan elke andere vorm van inschrijving op de aanbesteding dan schriftelijk, rechtstreeks of via de post toestaan, mits zij ervoor zorgt dat elke inschrijving alle benodigde informatie bevat, het vertrouwelijke karakter ervan wordt gerespecteerd, de inschrijving zo snel mogelijk worden bevestigd en het openen van de inhoud van de inschrijvingen plaatsvindt na het verstrijken van de termijn voor indiening.¹³⁶

Het besluit tot concessieverlening geschiedt ten slotte op grond van gunningscriteria nadat de geschiktheid van de vervoerders die niet uit hoofde van de Wp 2000, artikel 37 Bp2000, of andere door de concessieverlener bij de aanbesteding gestelde voorwaarden zijn uitgesloten, door de concessieverlener is vastgesteld.¹³⁷

Uit onderzoek blijkt dat de gunningscriteria uiteenlopen. De totale kosten van uitvoering van de dienstregeling en de aangeboden kwaliteit van het openbaar vervoer zijn de meest genoemde gunningscriteria.¹³⁸ Hoewel de gunningscriteria duidelijk zijn, geven vervoerders aan dat sprake is van ondoorzichtigheid van de weging van gunningscriteria ten opzichte van elkaar.¹³⁹

De reden om een aanbestedingsplicht in te voeren in het stads- en streekvervoer wordt door de regering als volgt verwoord. 'Het onder concurrentie plaatsen leidt tot een betere prijs/kwaliteit prestatie van ondernemingen zodat met minder financiële middelen hetzelfde product geleverd kan worden, of met gelijkblijvend budget een beter product verkregen kan worden. Louter de introductie van prijsconcurrentie leidt tot kostenreductie waardoor bij handhaving van dezelfde kwaliteit van OV met een lagere overheidsbijdrage kan worden volstaan, maar leidt daarmee niet zonder meer tot beter OV. Omdat met dit wetsvoorstel echter geen bezuinigingsdoelstelling wordt nagestreefd, kunnen behaalde efficiencyvoordelen omgezet kan worden in verbeteringen in het OV door niet op prijs maar op kwaliteit te laten concurreren.' Hier wordt gesteld dat het niet slechts om verlaging van de kosten maar juist ook om verbetering van de kwaliteit gaat en dat er op kwaliteit geconcentreerd moet worden.

Zoals eerder aan de orde kwam, was een specifiek doel van de wetgever bij het introduceren van concurrentie om de markt in het stads- en streekvervoer te profiteren van de kennis en innovatie van de concessiehouder, de vervoerder. Door de toepassing van de rigide Aanbestedingsrichtlijn op deze sector heeft de wetgever de specifieke eigenschappen die conces-

¹³² Art. 44 lid 1 Wp 2000.

¹³³ Art. 44 lid 3 en 4 Wp 2000.

¹³⁴ Art. 6:3 Awb.

¹³⁵ Art. 46 Wp 2000. Het gaat hierbij om gegevens over de vervoeromvang, de gerealiseerde kosten van de uitvoering van een concessie, gegevens over de in de concessieperiode verkochte vervoerbewijzen en overige gegevens die naar het oordeel van de concessieverlener noodzakelijk zijn (art. 39 lid 1 Bp 2000).

¹³⁶ Art. 37 lid 1 Bp 2000 j° art. 5a Besluit overheidsaanbestedingen (*Stb.* 1994, 380).

¹³⁷ Art. 38 Bp 2000.

¹³⁸ Berenschot 2004, p. 44.

¹³⁹ Berenschot 2004, p. 45.

sieverlening in het stads- en streekvervoer heeft, miskend en de doelen die zij zich had gesteld, ondermijnd.

Door de striktheid van de gekozen aanbestedingsprocedure bereikt de wetgever geen kwalitatieve concurrentie maar juist concurrentie op de prijs. Een belangrijk gebrek van de geldende aanbestedingsprocedure is dat er in beginsel geen mogelijkheid is voor overleg. Vervoersautoriteiten vermijden daarom mondeling contact met vervoerders en stellen vragen schriftelijk en aan alle vervoerders tegelijk in verband met de eisen van transparantie. Er blijkt in de praktijk echter juist behoefte te bestaan aan overleg, zowel bij de vervoerder als bij de vervoersautoriteit.¹⁴⁰ Deze behoefte wordt expliciet onderkend in de eerder besproken PSO-Verordening. Daarin wordt immers specifiek ruimte voor overleg gecreëerd en wordt geen rigide procedure voor de aanbesteding voorgeschreven, maar slechts op hoofdlijnen uitgewerkt.¹⁴¹ Ook de nationale wetgever benadrukt dat (het beschikkingskarakter van) de concessie overleg en onderhandeling niet in de weg staat.¹⁴² Verder stelt zij dat 'overleg niet alleen betrekking (kan) hebben op de vraag of de concessie aan die vervoerder moet worden verleend, maar ook over de inhoud van de concessie en de aan de concessie verbonden voorschriften'.¹⁴³

Los van het gebrek aan ruimte voor overleg blijkt in de praktijk de ontwikkelfunctie sterk bij de vervoersautoriteit te liggen, terwijl het de bedoeling was dat innovatie uit de markt zou komen. De vervoersautoriteiten blijken in de praktijk hun programma van eisen namelijk zeer gedetailleerd op te stellen.¹⁴⁴ De vervoerders rest niets anders dan precies te offeren wat de vervoersautoriteit vraagt en zodoende alleen op prijs te concurreren. Dit probleem, dat mogelijk deels samenhangt met het gebrek aan overleg, komt erop neer dat de vervoersautoriteiten de ontwikkelfunctie niet aan de markt overlaten, maar zeer gedetailleerde eisen stellen.

Een voorbeeld van deze gedetailleerde eisen is dat nagenoeg elke vervoersautoriteit van de concessiehouder nieuw materieel eist. Op dit punt wordt de ruimte bij de vervoerder weggenomen om daarover een bedrijfseconomisch goede beslissing te nemen.¹⁴⁵ Voor de concessie Groningen stad-Groningen streek-Drenthe is zelfs een ontwikkelbureau in het leven geroepen. Vervolgens zijn alle vereisten tot in detail vastgelegd, tot en met de styling van de bussen.¹⁴⁶

Hier lijkt sprake van een verkeerde inzet van het concessie-instrument omdat op deze manier het beoogde doel niet wordt geborgd. Door aan te sluiten bij bestaande regelgeving die niet is toegespitst op de bijzondere situatie in het stads- en streekvervoer, maar is gericht op overheidsopdrachten voor diensten, waar doorgaans weinig behoefte is aan overleg, heeft de wetgever voor een onvoldoende flexibel instrument gekozen, dat bovendien door vervoersautoriteiten niet op den duur door de wetgever gewenste wijze wordt benut. Een betere op het stads- en streekvervoer toegesneden aanbestedingsprocedure zou meer ruimte voor overleg moeten bieden. Daarnaast is het van belang dat de vervoersautoriteiten de ontwikkelfunctie loslaten zodat meer innovatie en ontwikkeling vanuit de markt kan komen.

¹⁴⁰ Groenendijk e.a. 2005, p. 21.

¹⁴¹ Nouhuys 2007, p. 103.

¹⁴² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 12.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 12.

¹⁴⁴ Groenendijk e.a. 2005, p. 51.

¹⁴⁵ Nouhuys 2007, p. 104.

¹⁴⁶ Berenschot 2004, p. 39.

7.7.3 Vergunning

Zonder een vergunning voor het verrichten van collectief personenvervoer is het verboden om openbaar vervoer te verrichten. Om de vergunning te verkrijgen moet de vervoerder voldoen aan drie eisen: betrouwbaarheid, kredietwaardigheid en vakbekwaamheid. De vergunning wordt door de Minister (in de praktijk door de Inspectie Verkeer en Waterstaat) verleend voor onbepaalde tijd maar elke vijf jaar wordt de vergunning beleidsarm¹⁴⁷ getoetst aan de drie eisen.¹⁴⁸ Intrekking van de vergunning heeft tot gevolg dat de concessie niet meer kan worden uitgeoefend.¹⁴⁹ Er kan in dat geval maximaal één jaar openbaar vervoer worden verricht zonder concessie, volgens bij ministeriële regeling nader te stellen regels.¹⁵⁰

De vergunning is een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb en derhalve appellabel. De Minister kan de vergunning intrekken, wijzigen of schorsen indien is gehandeld in strijd met de Wp 2000 of als niet langer wordt voldaan aan de eisen van betrouwbaarheid, kredietwaardigheid en vakbekwaamheid.¹⁵¹

De vergunning verschaft toegang tot het beroep van vervoerder. Alleen in het bezit van een vergunning is het zinvol om mee te dingen naar een concessie. De eis van kredietwaardigheid beoogt de reiziger leveringszekerheid te bieden. De eisen van betrouwbaarheid en vakbekwaamheid zijn bedoeld om een basiskwaliteit te garanderen.¹⁵² Deze eisen die worden gesteld aan de toegang tot het beroep van vervoerder vloeien voort uit Europese wetgeving.¹⁵³ Om te voldoen aan de eis van kredietwaardigheid moet de vervoerder een bepaald bedrijfskapitaal bezitten.¹⁵⁴ Om te voldoen aan de eis van betrouwbaarheid moet ieder directielid een verklaring omtrent gedrag overleggen en om te voldoen aan de eis voor vakbekwaamheid moet de vervoerder aantonen dat degene die de dagelijkse leiding heeft over het vervoer de juiste diploma's heeft.¹⁵⁵

De Nederlandse eis van kredietwaardigheid is veel hoger dan het Europese minimum.¹⁵⁶ Dit levert een drempel op voor de toetreding tot de markt. Daarnaast is het de vraag of deze afzonderlijke vergunning wel nodig is. Zoals in hoofdstuk 4 naar voren kwam, is het belangrijkste motief voor het inzetten van een vergunning het maatwerk dat in een bepaalde situatie aan de orde is.¹⁵⁷ Bij deze vergunning is echter geen sprake van maatwerk, voor alle vervoer-

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 11.

¹⁴⁸ Art. 1 lid 5 van de Richtlijn 98/7/EG van de Raad van de Europese Unie van 1 oktober 1998 (*PbEG* 1998, L 277/17) tot wijziging van Richtlijn 96/26/EG (*PbEG* 1996, L 124/1) bepaalt dat de betrokken Lidstaat elke vijf jaar dient te toetsen of de onderneming nog voldoet aan de eisen van betrouwbaarheid, kredietwaardigheid en vakbekwaamheid.

¹⁴⁹ Art. 42 sub b jº art. 19 lid 1 WP 2000.

¹⁵⁰ Art. 19 lid 2 WP 2000.

¹⁵¹ Art. 99 WP 2000.

¹⁵² Groenendijk e.a. 2005, p. 2 (Bijlage 1, vergunningen).

¹⁵³ Art. 3 Richtlijn 96/26/EG van de Raad van 29 april 1996 inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van goederen-, respectievelijk personenvervoer over de weg (*PbEG* 1996, L 124, p. 1).

¹⁵⁴ Ter voldoening aan de eis van kredietwaardigheid dient de vervoerder minimaal te beschikken over een bedrijfskapitaal van € 36.302,42 vermeerderd met € 4.991,58 voor iedere auto, bus, metro, tram of een via een geleidesysteem voortbewogen voertuig, met dien verstande dat het gehele bedrijfskapitaal ten minste € 45.378,02 bedraagt.

¹⁵⁵ Art. 22, 25 en 27 BPV 2000.

¹⁵⁶ Groenendijk e.a. 2005, p. 10 (Bijlage 1, Vergunningen). Het Europese minimum bedraagt een bedrijfskapitaal van € 9 000,- wanneer een voertuig wordt gebruikt en € 5 000,- voor elk volgend voertuig. Zie ook RebelGroupAdvisory, *Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000*, juli 2005, p. 10.

¹⁵⁷ Zie paragraaf 4.5.

ders gelden dezelfde eisen. Niet valt in te zien waarom deze eisen niet op centraal niveau kunnen worden vastgelegd om vervolgens te worden toegepast door de vervoersautoriteiten als voorwaarde voor het verkrijgen van een concessie.

7.7.4 Verklaring van geen bezwaar

De vervoerder heeft een verklaring van geen bezwaar van de raad van bestuur NMa (in de praktijk en hierna de Vervoerkamer) nodig om een concessie te kunnen verkrijgen die wordt aanbesteed.¹⁵⁸ In de praktijk worden de bevoegdheden van de raad van bestuur op het terrein van de Wp 2000 gemandateerd aan de directeur van de Vervoerkamer van de NMa. Het is een vervoerder zonder deze verklaring verboden op grond van die concessie openbaar vervoer te verrichten.¹⁵⁹

De artikelen betreffende de verklaring van geen bezwaar, de zogenaamde marktmachtartikelen, zijn nog niet in werking getreden. Besloten is om deze bepalingen niet in werking te laten treden omdat er momenteel geen concurrenten van de markt worden gedrukt en concessies niet per definitie bij de gevestigde vervoerders blijven.¹⁶⁰ Niettemin zullen de bepalingen hierna kort besproken worden met het oog op eventuele inwerkingtreding in de toekomst.

Een verklaring van geen bezwaar wordt uitsluitend afgegeven aan een vervoerder wiens marktaandeel in de Nederlandse markt voor openbaar vervoer niet groter is dan een door de Minister krachtens AMvB vastgesteld aandeel.¹⁶¹ Dit marktaandeel wordt gebaseerd op de omzet van de concessies. Een verklaring van geen bezwaar wordt in ieder geval geweigerd aan een buitenlandse vervoerder van binnen de EU of Europese Economische Ruimte (EER) wanneer diens thuismarkt voor Nederland is gesloten (beginsel van reciprociteit) en aan een vervoerder uit een staat buiten de EU of EER voorzover dit volgt uit internationale afspraken.¹⁶² Zonder deze verklaring is het een vervoerder die een concessie na aanbesteding heeft verkregen, verboden openbaar vervoer te verrichten.

De vervoerder kan de aanvraag om een verklaring van geen bezwaar niet eerder indienen dan nadat de kennisgeving van de aanbesteding van de desbetreffende concessie is gepubliceerd.¹⁶³ De Vervoerkamer beslist binnen vier weken na ontvangst van de aanvraag en kan deze termijn met vier weken verlengen.¹⁶⁴ Het niet tijdig nemen van een beschikking op de aanvraag wordt gelijkgesteld met een verlening van de verklaring van geen bezwaar.¹⁶⁵ De Vervoerkamer kan een verklaring van geen bezwaar intrekken, als de aanvrager onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens zou hebben geleid tot een andere beschikking op de aanvraag.¹⁶⁶

Op moment dat er een vervoerder van de markt zou worden gedrukt en er te weinig grote spelers overblijven om van gezonde concurrentie te spreken, kan de wetgever deze artikelen in werking laten treden. Het is echter de vraag of in die situatie dit instrument voor een

¹⁵⁸ Art. 56 Wp 2000.

¹⁵⁹ Art. 51 Wp 2000.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 2003/04, 23 645, nr. 71.*

¹⁶¹ Art. 53 j° 55 Wp 2000.

¹⁶² Art. 54 Wp 2000.

¹⁶³ Art. 56 lid 2 Wp 2000.

¹⁶⁴ Art. 58 lid 1 en 2 Wp 2000.

¹⁶⁵ Art. 58 lid 4 Wp 2000.

¹⁶⁶ Art. 59 lid 1 Wp 2000.

oplossing kan zorgen. Gelet op de hoge drempelbedragen die in Nederland gelden voor kredietwaardigheid van een ondernemer, is het de vraag of voldoende concurrenten zullen kunnen meedingen.

7.7.5 Publiek aandeelhouderschap

Er is (nog) sprake van publiek aandeelhouderschap in het stads- en streekvervoer. De Staat bezat aanvankelijk alle aandelen van Connexxion Holding N.V. en heeft in 2007 hiervan tweederde overgedragen aan een consortium van Transdev (een Frans internationaal vervoersbedrijf) en de Bank Nederlandse Gemeenten.¹⁶⁷ Hoewel de idee is dat Connexxion op termijn volledig verkocht zal worden, is niettemin een aantal vetorechten aan deze overdracht verbonden. Zo heeft zij een veto op wijzigingen in het beloningsbeleid, ten aanzien van majeure investeringen en een veto op wijziging van de statuten. Daarnaast is vastgelegd dat investeringen buiten het Nederlandse openbaar vervoer niet ten koste mogen gaan van het Nederlandse openbaar vervoer. Deze voorwaarden lijken in strijd met de visie dat het publieke belang van de eigendom van Connexxion – het garanderen van de basismobiliteit – voldoende wordt geborgd door wet- en regelgeving en de ontstane concurrentie. Los van deze inconsistentie is de huidige constructie in strijd met het EU-recht, in het bijzonder het vrije verkeer van kapitaal. Gelet op de jurisprudentie inzake de gouden aandelen is onmiskenbaar dat het gekozen instrument, ondanks een rechtvaardigingsgrond, buitenproportioneel zal worden geacht in de ogen van het Hof van Justitie.¹⁶⁸

7.7.6 Toezicht en handhaving

Ambtenaren van de IVW, onderdeel van het Ministerie Verkeer en Waterstaat,¹⁶⁹ zijn belast met het toezicht op de naleving van het verbod om openbaar vervoer te verrichten zonder de daartoe benodigde vergunning¹⁷⁰ of concessie¹⁷¹, het verbod op het weigeren van reizigers die volgens het nationale tarief willen reizen¹⁷² en de naleving van de technische voorschriften die aan voertuigen worden gesteld.¹⁷³ Deze ambtenaren worden aangewezen door de Minister, die met betrekking tot het toezicht beleidsregels kan vaststellen.¹⁷⁴ Een ieder is in beginsel verplicht de toezichthouders medewerking te verlenen.¹⁷⁵ De toezichthouders beschikken over een aantal bevoegdheden op grond van de Algemene wet bestuursrecht en de Wp 2000. Zo kunnen zij plaatsen betreden, inlichtingen vorderen en vervoermiddelen onderzoeken.¹⁷⁶

De Minister, in de praktijk de ambtenaren van de IVW, is bevoegd bestuursdwang toe te passen.¹⁷⁷ Dit betekent dat ook een last onder dwangsom kan worden opgelegd.¹⁷⁸ Dit kan

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 28 165, nr. 74.

¹⁶⁸ Zie paragraaf 2.3.4.

¹⁶⁹ Instellingsbesluit Inspectie Verkeer en Waterstaat (*Stcrt.* 2001, 115, p. 10).

¹⁷⁰ Art. 87 lid 1 j° art. 4 lid 1 Wp 2000 j° art. 1 sub f Besluit houdende aanwijzing van toezichthoudende en opsporingsambtenaren van de divisie Vervoer van de Inspectie Verkeer en Waterstaat (*Stcrt.* 2002, 121, p. 9).

¹⁷¹ Art. 87 lid 1 j° art. 19 lid 1 Wp 2000.

¹⁷² Art. 87 lid 1 j° art. 30 lid 3 Wp 2000.

¹⁷³ Art. 87 lid 1 j° art. 104 sub a en b j° art. 101 lid 1 Wp 2000 j° art. 80 Bp 2000.

¹⁷⁴ Art. 88 lid 1 Wp 2000.

¹⁷⁵ Art. 87 lid 1 Wp 2000 j° art. 5:20 Awb.

¹⁷⁶ Art. 87 lid 1 Wp 2000 j° art. 5:15-5:17 en 5:19 Awb.

¹⁷⁷ Art. 93 Wp 2000.

zowel de concessiehouder als de concessieverlener betreffen; beiden zijn immers gehouden overeenkomstig de Wp 2000 te handelen.

De concessieverlener is belast met het toezicht op de naleving en de handhaving van de concessievoorschriften. De concessieverlener organiseert dit toezicht zelf.¹⁷⁹ Hij beschikt hier toe over een aantal bevoegdheden. Zo kan de concessieverlener de concessie intrekken of wijzigen.¹⁸⁰ De concessieverlener kan de concessie in ieder geval intrekken, indien is gebleken dat de concessiehouder de concessie niet naar behoren uitvoert of heeft uitgevoerd.¹⁸¹ Verder is de concessieverlener bevoegd om bestuursdwang toe te passen of een dwangsom op te leggen.¹⁸² Al deze middelen zijn besluiten in de zin van de Awb en zijn derhalve appellabel.

7.7.7 Slotsom

Er is een veelheid aan publiekrechtelijke instrumenten voorhanden in deze sector. Een vervoerder heeft niet alleen een concessie nodig, maar moet ook over een vergunning beschikken om te kunnen meedingen naar een concessie. Conclusie in deze is dat de vergunning als afzonderlijk instrument geen toegevoegde waarde heeft. De vergunningverlening zou ook kunnen worden gedecentraliseerd zodat de vervoersautoriteiten de op centraal niveau vastgestelde eisen incorporeren in hun programma van eisen. Dit beperkt de bureaucratische lasten voor zowel de overheid als de vervoerders.

Verder valt op dat de instrumenten die de wetgever heeft gekozen of de wijze waarop de instrumenten worden toegepast op gespannen voet staan met de beoogde doelen in deze sector. Ten eerste is gekozen voor een rigide aanbestedingsregime waar in het stads- en streekvervoer juist behoefte lijkt te bestaan aan een flexibeler regime, hetgeen onder EU-recht nu en in de toekomst ook is toegestaan. Ten tweede gebruiken de vervoersautoriteiten hun beleidsvrijheid zodanig dat zij geen ruimte laten voor innovatie van de zijde van de vervoerder. Hiertoe worden de vervoersautoriteiten ook geprikkeld door het rigide aanbestedingsregime. De vervoersautoriteiten zijn wel democratisch gelegitimeerd.

Het publieke aandeelhouderschap in Connexxion blijkt overbodig gelet op de te bereiken doelen. Daarnaast zijn de voorwaarden die aan dat aandeelhouderschap zijn verbonden in strijd met het vrij verkeer van kapitaal.

¹⁷⁸ Art. 5:32 lid 1 Awb.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 49.

¹⁸⁰ Art. 20 Wp 2000.

¹⁸¹ Art. 43 Wp 2000, 'Het intrekken van een concessie is een ultimum remedium die door concessieverleners niet snel zal worden toegepast. Voorstelbaar is dat bij de concessieverlening wordt bepaald dat indien concessieactiviteiten niet of onvoldoende worden uitgevoerd er een financiële malus kan worden opgelegd'. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 456, nr. 7, p. 88.

¹⁸² Art. 122 Provinciewet voor GS en art. 30 Wet Gemeenschappelijke Regelingen jº betrokken Gemeenschappelijke regeling voor de besturen van de Kaderwetgebieden.

7.8 Conclusies

7.8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag in hoeverre de door de wetgever vastgestelde publieke belangen in het stads- en streekvervoer (kunnen) worden bereikt met behulp van de gekozen instrumenten. Om deze vraag te beantwoorden is, na een schets van de geschiedenis van de sector, eerst het relevante EU-recht beschreven en vervolgens geanalyseerd in hoeverre de wetgever publieke belangen heeft vastgesteld voor de sector. Daarna is ingegaan op de economische kenmerken en de keuze van de wetgever voor een concurrentiemodaliteit beoordeeld. Na een bespreking van de partijen is een aantal belangrijke instrumenten in het stads- en streekvervoer beschreven en beoordeeld. Hierna zullen deze elementen met elkaar in verband worden gebracht en zal een antwoord op de hoofdvraag worden geformuleerd.

In de geschiedenis van het stads- en streekvervoer is een pendelbeweging te onderscheiden waar het gaat om de betrokkenheid van de overheid bij de sector. De sector ontstond door particulier initiatief maar na verloop van tijd bemoeide de overheid zich meer en meer met de sector. Nu is de pendel teruggegaan richting de markt door concurrentie, zij het om de markt, te introduceren. En met de beslissing van de Tweede Kamer om de GVB's niet aan aanbesteding (en dus concurrentie) te onderwerpen, beweegt de pendel zich weer enigszins terug richting de overheid.

7.8.2 EU-recht

Het EU-recht blijkt de nationale wetgever veel ruimte te gunnen bij het inrichten van deze sector. Hoewel concurrentie voor het vervoer een Europees uitgangspunt is, mag hiervan worden afgeweken. Het is in dit licht opvallend dat de nationale wetgever verder gaat dan het EU-recht eist door de Aanbestedingsrichtlijn, waarvan de concessieovereenkomst nu juist is uitgesloten, van toepassing te verklaren.

7.8.3 Concurrentiemodaliteit beoordeeld

De keuze van de wetgever voor concurrentie om de markt is niet onlogisch. Concurrentie tussen marktsegmenten en op de markt laat zich moeilijk denken daar het veel praktische problemen oplevert. Het is echter opvallend en bovendien inconsequent dat de wetgever nu toch heeft besloten dat de GVB's niet aan concurrentie onderworpen zullen worden. Moeilijk valt in te zien waar een fundamenteel verschil zit tussen de GVB's en andere (grote) openbaar vervoerbedrijven. Het is echter wel van belang dat de GVB's aan een benchmark onderworpen zullen worden.

7.8.4 Instrumenten & publieke belangen

In deze sector blijken de publieke belangen niet met zoveel woorden door de wetgever te zijn vastgesteld. Dit maakt het lastiger om na te gaan of het gekozen instrumentarium de vastgestelde publieke belangen realiseert. Wel worden verschillende doelen genoemd. De hoofddoelen van de Wp 2000 waren een toename van het gebruik van openbaar vervoer en een verhoging van de kostendekkingsgraad. Beide doelen zijn niet gehaald. Verder kunnen publieke belangen worden afgeleid uit de voorschriften die de vervoersautoriteit op grond van

de Wp 2000 moet opnemen in de concessie. Het gaat hier voornamelijk om voorschriften die de consument beschermen. Tussen deze voorschriften en de toename van het openbaar vervoer en de verhoging van de kostendeckingsraad – doelen die innerlijk tegenstrijdig zijn – wordt geen prioriteitenstelling aangebracht. Veel vrijheid wordt aan de vervoersautoriteit gelaten betreffende de invulling van de voorschriften.

Wel werd duidelijk dat aan de concessie voorschriften in het belang van de reiziger, wiens positie volgens toelichting van groot belang is,¹⁸³ worden verbonden. Het gaat hierbij om de toegankelijkheid van het openbaar vervoer voor gehandicapten¹⁸⁴, de tarieven¹⁸⁵, de dienstregeling,¹⁸⁶ veiligheidseisen¹⁸⁷ en het overleg met consumentenorganisaties.¹⁸⁸ Dit betekent dat de concessie (en de handhaving ervan) het instrument om deze normen vast te leggen en te handhaven. Dit instrument biedt de mogelijkheid tot het volledig bepalen van het aanbod en na comittering van een vervoerder kan deze hier ook aan worden gehouden. De vervoersautoriteit heeft zo de volledige controle.

De concessie is bij de organisatie van concurrentie om de markt een geschikt instrument. Het is echter van belang kritisch te kijken naar de wijze waarop van dit instrument gebruik wordt gemaakt. Door de keuze voor een rigide aanbestedingsprocedure, ondermijnt de nationale wetgever de doelen van de Wp 2000. Het is daarom van belang dat de aanbestedingsprocedure enerzijds flexibeler wordt, zodat er ruimte is voor overleg en anderzijds dat de procedure door de autoriteiten beter wordt benut.

De positie van de reiziger is een centraal thema in het openbaar vervoer. Zeker in een concurrerende omgeving waarin juist niet om de gunst van de reiziger maar om de gunst van de aanbestedende overheid wordt gestreden, is meer aandacht voor de positie van de consument geboden. Duidelijk is geworden dat de positie van de reiziger afhangt van verschillende factoren. De nationale wetgever biedt de reiziger, naast een verplichte geschillenregeling, geen beïnvloedingsmogelijkheden. Vervoersautoriteiten hebben op grond van de Wp 2000 een plicht om te overleggen met en advies te vragen aan consumentenorganisaties op verschillende momenten. Waarop dit advies precies ziet, wordt aan de betrokken autoriteit overgelaten. Gelet op de resultaten die uit evaluaties naar voren zijn gekomen, volstaat deze plicht niet en is een versterking van de positie van de consument op zijn plaats.

Het is gegeven dat de concessieverleners de ontwikkelfunctie niet aan de markt over durven te laten en het programma van eisen zeer gedetailleerd opstellen. Dit blijkt ertoe te leiden dat voornamelijk concurrentie plaatsvindt op basis van de prijs. Er lijkt een verband te bestaan met de voorgeschreven rigide aanbestedingsprocedure. Hierdoor lijken vervoersautoriteiten gedwongen te worden om in één keer hun vraag op tafel te leggen. Er is immers geen ruimte voor overleg en onderhandeling omdat dit in strijd komt met de eisen van gelijkheid en transparantie die voortvloeien uit het regime.

7.8.5 Terugkerend voorbeeld: tarieven

Het in elk sectorhoofdstuk terugkerend voorbeeld is het hanteren van te hoge tarieven door (gereguleerde) ondernemingen. In dit hoofdstuk gaat het om het hanteren van te hoge tarie-

¹⁸³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 38 ev.

¹⁸⁴ Art. 32 lid 2 sub g Wp 2000.

¹⁸⁵ Art. 32 lid 2 sub d Wp 2000.

¹⁸⁶ Art. 32 lid 2 sub f Wp 2000.

¹⁸⁷ Art. 32 lid 2 sub h Wp 2000.

¹⁸⁸ Art. 32 lid 2 sub a en b Wp 2000.

ven door vervoerders of GVB's. Het publiek belang van redelijke tarieven in het stads- en streekvervoer wordt daarmee niet geborgd. De vraag is daarom: op welke manier(en) kan worden ingegrepen om dit publieke belang toch te borgen? Er wordt hier uitgegaan van de situatie na volledige invoering van de OV-chipkaart. Zoals wij hiervoor reeds zagen, is de vervoersautoriteit gehouden in de concessie voorschriften over tarieven vast te stellen, al dan niet in overleg met de vervoerder. Eventuele niet-naleving kan door de vervoersautoriteit worden gehandhaafd. De concessie is het instrument om tarieven te reguleren in het stads- en streekvervoer. Dit betekent voor de Tweede Kamer en de minister dat zij geen bevoegdheden meer hebben om invloed uit te oefenen op de tarieven.

7.8.6 Slotsom

De overheidsinvloed in het stads- en streekvervoer is zeer groot. De vervoersautoriteit is als een vrager op de markt die zijn vraag in beginsel volledig zelf bepaalt. Een probleem hierbij is dat door de keuze van de wetgever voor een rigide aanbestedingsregime het proces van concessieverlening onvoldoende ruimte geeft voor overleg en onderhandeling, terwijl daaraan juist behoefte blijkt te bestaan. Daarnaast heeft de vervoersautoriteit veel beleidsvrijheid hetgeen in beginsel verdedigbaar is, gelet op het lokale en regionale karakter van het stads- en streekvervoer. Niet voor de hand ligt om allerlei normen dan nationaal te laten gelden. Niettemin ondermijnt deze situatie in de praktijk de doelstelling van de wetgever waar hij beoogde innovatie vanuit de markt te stimuleren, omdat vervoersautoriteiten geneigd blijken allerlei aspecten in de concessie vergaand voor te schrijven.

8. KABEL

8.1 Inleiding

8.1.1 Achtergrond

In Nederland is ruim negentig procent van de huishoudens aangesloten op het kabelnetwerk. Dit is voor internationale begrippen een zeer hoge dichtheid. Nederland behoort hiermee tot een van de weinige landen ter wereld met een tweede infrastructuur naast de vaste telefoonlijn voor communicatie die een vrijwel landelijke dekking heeft.¹ De reden hiervoor is dat in Nederland de gemeenten initiatief hebben genomen om het kabelnetwerk te ontwikkelen. Via de kabel worden van oudsher omroepsignalen, die uit de ether worden opgepikt, gedistribueerd naar consumenten. Tachtig procent van de Nederlandse consumenten maakte in 2008 gebruik van een analoge of digitale kabelaansluiting om tv-signalen te ontvangen.²

Een meer recente ontwikkeling is dat via de kabel ook breedbandinternet en telefoniediensten kunnen worden aangeboden. De kabelsector maakt deel uit van de telecommunicatiesector. In deze studie wordt gefocust op de omroepsignalen die via (onder meer) de kabel verspreid kunnen worden. Zijdelings zullen de internet- en vaste telefoniemarkt aan de orde komen, maar deze markten zullen niet worden uitgediept. Ook zal niet het gehele Nederlandse omroepbestel onder de loep worden genomen. Dit zal, net als internet en telefonie, worden behandeld voor zover relevant voor de kabelexploitatie. Dit hoofdstuk gaat over de kabelexploitatie, de andere onderdelen van de telecommunicatiesector komen aan de orde voor zover deze concurreren met de kabel.

Via de kabel worden de media in de gelegenheid gesteld om het publiek te bereiken door middel van radio en televisie. De vrijheid van meningsuiting komt mede dankzij de kabel tot zijn recht. In de kabelsector is de afgelopen tijd tot privatisering overgegaan. Gemeenten hadden aanvankelijk het gehele kabelnetwerk in handen, maar in de jaren negentig is het overgegaan in de handen van private partijen.

Anders dan de andere in de sectorhoofdstukken behandelde sectoren, is er geen specifiek wettelijk kader voor de kabelsector. Algemene telecommunicatieregelgeving vormt als het ware een koepel, die zich richt tot alle communicatienetwerken, waar de kabel er één van is, naast bijvoorbeeld de vaste en de mobiele telefonie.

In dit hoofdstuk wordt de kabelsector beschreven en geanalyseerd. Hierna wordt de vraag die centraal staat in dit hoofdstuk uitgelegd (8.1.2), waarna wordt toegelicht hoe het hoofdstuk wordt opgebouwd (8.1.3).

8.1.2 Probleemstelling

De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is in hoeverre de beschikbare instrumenten in de kabelsector de overheid in staat stellen om in te grijpen om publieke belangen te borgen binnen de grenzen van het EU-recht.

De buitengrens van deze vraagstelling wordt, zoals uit de voorgaande vraag blijkt, gevormd door het EU-recht. De keuzevrijheid van de nationale wetgever wordt hierdoor be-

¹ Van Eijk 2008, p. 71.

² TNO 2009, p. 24.

perkt; daarom is het van belang het EU-recht dat toepasselijk is op de kabelsector in kaart te brengen en te analyseren welke beperkingen dit oplevert voor de nationale wetgever.

Verder is een belangrijk gegeven voor de vraagstelling welke publieke belangen voor de sector zijn vastgesteld. Alleen als en voor zover duidelijk is welke publieke belangen de wetgever voor ogen had bij het maken van de keuzes, kan worden beoordeeld in hoeverre ten aanzien van deze publieke belangen kan worden ingegrepen.

Vervolgens wordt geanalyseerd welke concurrentievormen reëel zijn, gelet op de kenmerken van de sector en op de grenzen die het EU-recht stelt. Hierbij komt aan de orde voor welke concurrentiemodaliteit in de sector is gekozen en door wie (nationale of Europese wetgever). De concurrentiemodaliteit is van belang voor de beoordeling van de instrumenten. Bij verschillende concurrentiemodaliteiten past immers een inzet van verschillende instrumenten en een inzet van instrumenten op een verschillende wijze.

Daarnaast is het van belang welke partijen een rol spelen bij het inzetten van de instrumenten. De partijen worden ondergebracht en besproken in drie clusters: overheid, ondernemingen en consumenten. Uit de beschrijving van deze partijen kan immers worden afgeleid, in hoeverre de markt (samenleving) en in hoeverre de overheid in de sector verantwoordelijk worden gehouden voor het borgen van publieke belangen. Vervolgens wordt gezien welke instrumenten kunnen worden ingezet en door wie. Hierbij wordt beoordeeld of de instrumenten geschikt zijn voor de gekozen concurrentiemodaliteit.

Concluderend wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de overheid, gelet op grenzen die het EU-recht stelt, de concurrentiemodaliteit, de verantwoordelijkheidsverdeling en de beschikbare instrumenten, in staat is om in te grijpen om de publieke belangen te borgen.

Om de – soms wat abstracte – materie te illustreren wordt een praktisch probleem in de sectoren als terugkerend voorbeeld door alle sectorhoofdstukken heen geweven. Gekozen is voor de mogelijkheid om het publieke belang van het hanteren van aanvaardbare tarieven centraal te stellen. In elke nutssector zal een redelijk tarief van de nutsdiensten een belangrijk publiek belang blijken te zijn. Hierbij is het geen gegeven dat lage tarieven een publiek belang zijn, maar dat sprake is van een goede prijs-kwaliteitverhouding. Hierbij moeten ook de belangen voor de langere termijn worden meegenomen, zoals bijvoorbeeld voldoende investeringen in het netwerk. Door voor dit voorbeeld te kiezen in de sectorhoofdstukken, wordt niet alleen duidelijk hoe in de verschillende sectoren tarieven worden gereguleerd, maar kunnen zij ook op dit punt met elkaar worden vergeleken om te zien in hoeverre er overeenkomsten en verschillen bestaan in de instrumenten waarmee tarieven worden gereguleerd en om te zien in hoeverre de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hierop invloed kunnen uitoefenen.

Het voorbeeld is daarom het niet geheel denkbeeldige geval dat een kabelexploitant excessieve tarieven hanteert. Het publiek belang van redelijke tarieven in de kabelsector wordt daarmee teniet gedaan. De vraag is daarom: op welke manier(en) kan worden ingegrepen om het publieke belang toch te borgen?

8.1.3 Opzet

Hierna wordt eerst ingegaan op de geschiedenis van de sector, in het bijzonder wie de verantwoordelijkheid in het verleden heeft gedragen voor het borgen van publieke belangen (8.2). Vervolgens wordt het sectorspecifieke EU-recht beschreven en wordt op grond hiervan en op grond van het algemene EU-recht bepaald welke ruimte dit recht de nationale wetge-

ver nog biedt om in de betrokken sector reguleringskeuzes te maken (8.3). Daarna wordt beschreven welke publieke belangen de wetgever heeft vastgesteld voor de betrokken sector (8.4). Voorts wordt beoordeeld welke concurrentiemodaliteiten reëel zijn in de kabelsector gelet op de economische kenmerken van de sector. Daarna wordt besproken voor welke concurrentiemodaliteit in de kabelsector is gekozen en wordt beoordeeld of en in hoeverre de wetgever bij de keuze voor deze concurrentiemodaliteit een juiste afweging heeft gemaakt (8.5). Vervolgens worden de verschillende partijen op drie niveau's beschreven. Ten eerste de overheid, ten tweede de ondernemingen die de betrokken dienst leveren en ten derde de consument (8.6). Als laatste worden de instrumenten waarvoor de wetgever in de betrokken sector heeft gekozen beschreven en beoordeeld (8.7). Hierbij worden niet alle (mogelijke) instrumenten die (kunnen) worden ingezet in deze sector beschreven, maar wordt gefocust op de belangrijkste instrumenten. Tot slot kan in de conclusies een antwoord op de hoofdvraag worden gegeven (8.8).

8.2 Geschiedenis

8.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de geschiedenis van de Nederlandse kabelsector geschetst om de lezer inzicht te verschaffen in de achtergrond van de sector, die mede verband houdt met huidige keuzes van de wetgever voor bepaalde instrumenten.³ Tevens wordt gezien in hoeverre een pendelbeweging is te ontwaren in de geschiedenis van de kabelsector, die heen en weer gaat tussen markt en overheid. Eerst wordt ingegaan op het ontstaan van de sector, die anders dan in andere nutssectoren, op initiatief van de overheid tot stand kwam. Vervolgens wordt ingegaan op de privatisering en liberalisering waarna wordt afgesloten met een slot-som, waarin antwoord wordt gegeven op de vraag wie door de jaren heen verantwoordelijk was voor de kabelvoorziening.

8.2.2 Ontstaan

Sinds 1953 had het staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie (PTT) op grond van de destijds geldende Telegraaf- en telefoonwet het absolute monopolie op het aanleggen van 'omroepdistributie-inrichtingen'. Het werd na verloop van tijd met name in stedelijke gebieden steeds lastiger om met een individuele antenne een goede radio- of televisieontvangst te bereiken. Daarom deden de centrale en de gemeenschappelijke antenne-inrichtingen (resp. 'cai' en 'gai') hun intrede. Deze werden veelal aangelegd door woningcorporaties en verenigingen van eigenaren van woningen. Vanaf deze cai en gai werd het signaal dan via een kabel gedistribueerd naar de individuele afnemers. De PTT trad, ondanks haar wettelijke monopolie, hier niet tegen op, mede omdat zij zelf geen kans zag al deze inrichtingen aan te leggen.

In de Telegraaf- en telefoonwet 1969 werd de weg geopend voor het aanleggen van de kabelnetwerken. Op grond van deze wet moest een machtiging van de minister worden verkregen om een cai aan te mogen leggen.⁴ De minister bepaalde dat een cai van 'lokale omvang' mocht zijn.⁵ Lokale omvang werd in de praktijk uitgelegd als blijvend binnen de grenzen van de gemeente. In de praktijk bleken het dan ook de gemeenten die deze machtigingen verwierven, hoewel dit niet in de wet was bepaald.⁶ Met deze machtiging verkregen de gemeenten het recht op de aanleg en exploitatie van kabelgebonden omroepnetwerken. Dit recht bleek exclusief. Deze exclusiviteit vloeide niet noodzakelijk voort uit de machtiging, maar uit het feit dat het onmogelijk was om zonder toestemming van de gemeente een dergelijk netwerk aan te leggen aangezien de netten grotendeels in gemeentegrond moesten worden aangelegd.

In sommige gemeenten gebeurde de aanleg van het kabelnetwerk door de gemeente zelf en in andere werd de taak door middel van een concessie uitbesteed aan een private onderneming. In feite was de kabel derhalve een gemeentelijke voorziening. De eigendom van het netwerk was daarna lange tijd van de gemeente en werd door haar of in opdracht van haar geëxploiteerd. Op deze wijze hield de gemeente bepalende invloed op het programma-aanbod en de prijs die afnemers moesten betalen.

8.2.3 Privatisering & liberalisering

³ Voor een uitgebreide historische beschrijving van de opkomst van de kabel, zie Hins 1991, hoofdstuk II.

⁴ Art. 3 sexies Telegraaf- en Telefoonwet 1969.

⁵ Aanwijzingsbeschikking cain en gain, *Stcrt.* 1970, 144.

⁶ ARRvS 10 februari 1986, *Gst.* 6826/27.

Vanaf medio jaren negentig hebben veel gemeenten hun kabelnetten aan private ondernemingen verkocht. De verwachting was dat de kabelnetten in de toekomst vanwege de technische mogelijkheid van het aanbieden van nieuwe diensten aanzienlijk in waarde zouden stijgen. Hiervoor moest de kabel omgewerkt worden van analoog naar digitaal zodat niet langer slechts eenrichtingsverkeer maar ook interactie op de kabel mogelijk zou worden. Daarvoor waren echter wel grote investeringen nodig en was technische expertise vereist. Marktpartijen werden hiertoe beter in staat geacht dan overheden. Van deze verwachte digitalisering van de kabel is overigens nog niet zoveel terechtgekomen.

Bij de verkoop van het netwerk hebben veel gemeenten contractueel bedongen dat het bedrag dat afnemers zouden betalen voor de kabel over een periode van een bepaald aantal jaar niet meer mocht stijgen dan de consumentenprijsindex en hebben zij zich het recht voorbehouden om wijzigingen in het programma-aanbod goed te keuren.

Deze privatisering ging op nationaal niveau gepaard met liberalisering en deregulering, waarbij de ondernemingsvrijheid van de kabelexploitant centraal kwam te staan. De liberalisering ging gepaard met een grotere vrijheid voor de exploitanten in het vaststellen van de programma-inhoud. Allereerst was sprake van liberalisering door wijziging van de Wet telecommunicatievoorzieningen. Hiervoor kwam een nieuwe wet in de plaats: de Telecommunicatiewet.⁷ Dit was een liberalisering die Nederland moest doorvoeren op grond van de Europese Open Network Provision richtlijnen (ONP-richtlijnen). De doelstelling van deze richtlijnen was om de monopoliestructuur van de nutsdienst van de openbare telefonie open te breken.⁸ De focus lag hierbij op vaste telefonie. Mobiele telefonie en omroepnetwerken waren van ondergeschikt belang en over internet werd niets bepaald. Vanwege deze richtlijnen werd op 1 augustus 1997 de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit (OPTA), toezichthouder op de telecommunicatie- en postmarkt, opgericht.⁹ Verder werd door de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet het hiervoor besproken machtigingenstelsel afgeschaft.

Sinds 2002 zijn vijf nieuwe Europese richtlijnen¹⁰ van kracht die niet zoals de oude richtlijnen gericht zijn op 'telecommunicatie' maar op 'elektronische communicatie' die alle vormen van communicatie omvat, waaronder de communicatie van signalen via de kabel. Dit nieuwe kader biedt de lidstaten een ex ante instrumentarium om de telecommunicatiemarkt te reguleren en wordt gekenmerkt door een Europese gecoördineerde aanpak.¹¹ In de wijziging van de Telecommunicatiewet is de belangrijkste verandering dat infrastructuren met elkaar mogen concurreren. Eerder mochten via de kabel slechts omroepdiensten worden doorgegeven. Sinds de liberalisering mogen derhalve ook andere diensten via de kabel worden doorgegeven, zoals telefonie en internet. Nu kan de kabel de concurrentie aangaan met KPN voor wat betreft vaste telefonie.

Als gezegd ging deze liberalisering gepaard met een grotere vrijheid in het mediabeleid. Hiertoe is niet door Europa maar door de Nederlandse wetgever zelf besloten. Tot de liberalisering van de Mediawet waren de dienstverlening en het transport via de kabel strikt gescheiden. Kabelexploitanten konden destijds niet zelf ook diensten aanbieden. Met de wijziging van de Mediawet kwam hierin verandering. Als tegenwicht voor deze nieuwe vrijheden van de kabelexploitanten werd de programmaraad ingesteld. Deze door de gemeenteraad ingestel-

⁷ Telecommunicatiewet, *Stb.* 1998, 610.

⁸ Dommering 2003, p. 5.

⁹ Op grond van de Wet OPTA, de Telecommunicatiewet en de Postwet.

¹⁰ Zie meer paragraaf 4.3.

¹¹ Art. 7 Kaderrichtlijn.

de raad brengt zwaarwegend advies uit over het wettelijke standaardpakket van het programma-aanbod.

Op dit moment¹² zijn er vier kabelbedrijven in Nederland. De twee grootste, UPC en Ziggo zijn samen goed voor een marktaandeel van 81%.¹³ Er wordt een consolidatieslag verwacht op de kabelmarkt waarbij er in de toekomst uiteindelijk één grote kabelexploitant zal zijn.¹⁴ Deze consolidatie en het monopolie van de kabelexploitanten op deze infrastructuur heeft inmiddels wel weer extra regulering tot gevolg. Recentelijk heeft OPTA na overleg met de Europese Commissie besloten dat, omdat de concurrentie tussen infrastructuren onvoldoende van de grond komt, tot zwaardere regulering over te gaan. Deze regulering houdt in dat de kabelexploitanten die over aanmerkelijke marktmacht beschikken hun infrastructuur gedwongen moeten openstellen voor andere bedrijven.

8.2.4 Slotsom

In deze slotsom wordt een antwoord geformuleerd op de vraag wie door de geschiedenis heen de verantwoordelijkheid droeg voor het borgen van publieke belangen in de kabelsector. Opvallend is dat de kabelsector – in tegenstelling tot andere in dit onderzoek besproken sectoren – op initiatief van de overheid is ontstaan. Aanvankelijk lag de verantwoordelijkheid derhalve volledig bij de overheid. Vervolgens zijn de kabelbedrijven na enkele decennia gepri-vatiseerd, waardoor de verantwoordelijkheid in belangrijke mate bij de markt kwam te liggen. Er wordt dus een zekere pendelbeweging zichtbaar. Dit keer suist de pendel van overheid naar markt. De private ondernemingen worden echter wel recent weer strenger gereguleerd en dus kan worden gesteld dat de pendel weer enigszins terug zwaait richting de overheid.

¹² Per 1 juni 2009.

¹³ Cijfers uit 2008.

¹⁴ Op weg naar een nationale kabelaar', *NRC Handelsblad* 15 juli 2006.

8.3 EU-recht

8.3.1 Inleiding

De telecomunicatiesector, waartoe de kabelsector wordt gerekend, is de eerste sector die op initiatief van Brussel is geliberaliseerd. Deze liberalisering en de daarmee gepaard gaande privatisering wordt door de politiek als een succes beschouwd omdat in de telecomunicatiesector op veel vlakken daadwerkelijk concurrentie tot stand is gekomen. Een voorbeeld van de gevolgen hiervan voor regulering is te vinden in de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren waar de telecomunicatiesector niet langer aan is onderworpen omdat zij niet langer als een nutssector zou kwalificeren.¹⁵ In de literatuur is er wel degelijk kritiek op de ontwikkelingen in de telecomunicatiesector en wordt zelfs van een 'malaise' in tegenstelling tot 'bloeiende concurrentie' gesproken.¹⁶

In dit onderzoek is eerder aangegeven welk primair EU-recht van toepassing is op nutssectoren in algemene zin.¹⁷ In deze paragraaf wordt ingegaan op de sectorspecifieke regelgeving die relevant is voor de kabelsector. Door het bespreken van deze wetgeving wordt duidelijk hoeveel vrijheid de nationale wetgever heeft bij het maken van reguleringskeuzes. Dit is van belang voor de beantwoording van de hoofdvraag omdat de nationale wetgever niet (rechtstreeks) kan worden afgerekend op keuzes die op EG-niveau zijn gemaakt. Het EU-recht vormt vanuit het perspectief van de nationale wetgever en ook in dit onderzoek immers een buitengrens.

Hierna wordt het sectorspecifieke (8.3.2) en voor zover relevant het algemene EU-recht (8.3.3) beschreven om in de slotsom een antwoord te geven op de vragen welke grenzen het EU-recht stelt aan de keuzes van de nationale wetgever en hoeveel keuzevrijheid derhalve voor de nationale wetgever overblijft (8.3.4).

8.3.2 Sectorspecifiek EU-recht

Op het terrein van de elektronische communicatiesector zijn vijf harmonisatierichtlijnen tot stand gebracht; de Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn, de Universele dienstrichtlijn, de Machtigingsrichtlijn en de Privacyrichtlijn.¹⁸ Het Europese kader voor elektronische communicatiediensten, waartoe de kabel behoort, heeft in de Kaderrichtlijn een systeem voor markttoezicht geïntroduceerd op grond waarvan nationale marktautoriteiten de relevante markt moeten afbakenen en analyseren.¹⁹ De marktautoriteiten moeten op basis van een marktana-

¹⁵ Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEU* 2004, L 134/1, *Richtlijn nutssectoren*).

¹⁶ Dommering 2003, p. 5.

¹⁷ Zie hoofdstuk 2.

¹⁸ Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2002, L 108/33, *Kaderrichtlijn*), Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2002, L 108/21, *Machtigingsrichtlijn*), Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (*PbEG* 2002, L 108/7, *Toegangsrichtlijn*), Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (*PbEG* 2002, L 108/51, *Universeledienstrichtlijn*) en Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (*PbEG* 2002, L 201/37, *Privacyrichtlijn*).

¹⁹ Art. 15 en 16 Kaderrichtlijn.

lyse vaststellen of een of meerdere partijen aanmerkelijke marktmacht hebben, hetgeen hetzelfde inhoudt als het in het algemeen mededingingsrecht gangbare begrip 'economische machtspositie'. Zij moeten verder de Commissie consulteren en in bepaalde gevallen om toestemming vragen als zij het voornemen hebben om ex ante regulering toe te passen op markten die door de Commissie niet zijn aangewezen.²⁰ De Europese Commissie heeft richtsnoeren opgesteld over de marktafbakening- en analyse²¹ en heeft de bevoegdheid om in te grijpen op grond van een speciale consultatie- en notificatieprocedure door de betrokken autoriteit te dwingen een ontwerpbesluit hierover uit te stellen en eventueel in te trekken als de Commissie het niet eens is met de marktafbakening en –analyse door de nationale marktautoriteit.²²

Als blijkt dat sprake is van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, moeten door de marktautoriteiten gepaste maatregelen worden opgelegd.²³ Deze maatregelen worden in de richtlijn omschreven als verplichtingen tot transparantie, inzake non-discriminatie, tot het voeren van gescheiden boekhoudingen, inzake toegang tot en gebruik van specifieke netwerkfaciliteiten en inzake prijscontrole en kostentoerekening.²⁴

Dit model is omgezet door de nationale wetgever in hoofdstuk 6a en 6b van de Telecommunicatiewet en zal hierna nog nader aan de orde komen.²⁵ Uit de formulering van de richtlijn blijkt niet dat er ruimte is om andere, meer vergaande, verplichtingen op te leggen. Daarom moet worden geconcludeerd dat de opsomming van de omschreven maatregelen als limitatief moet worden beschouwd.

In de Universele dienstrichtlijn wordt bepaald dat een of meerdere ondernemingen kunnen worden aangewezen om de universele diensten te verzorgen. Dit zijn, naast vaste telefonie, inmiddels ook internetdiensten.²⁶

Dit Europese regelgevingskader dat is omgezet in nationaal recht, verschaft bevoegdheden aan OPTA, wat inhoudt dat de nationale wetgever belangrijke besluiten volledig moet overlaten aan OPTA, die wordt gecontroleerd door de Europese Commissie. OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan en functioneert derhalve niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid. In een individueel geval kan de minister daarom niet ingrijpen.

8.3.3 VWEU

De kabelsector is verder onderworpen aan het VWEU. Hierna worden alleen de bijzonderheden ten aanzien van de kabelsector vermeld. Zoals eerder opgemerkt wordt de telecommunicatiesector inmiddels beschouwd als een sector die voldoende concurrerend is. De aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren is dan ook niet langer op de telecommunicatiesector van toepassing, terwijl zij nog wel geldt voor andere nutssectoren. Dit betekent echter niet dat de kabelsector niet langer onder de uitzondering op het mededingingsrecht van artikel 106, tweede lid VWEU zou kunnen worden gebracht.

²⁰ Art. 7 en 15 Kaderrichtlijn.

²¹ Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (2002/C 165/03 (11 juli 2002).

²² Art. 7 Kaderrichtlijn.

²³ Art. 5 Toegangsrichtlijn.

²⁴ Art. 9-13 Toegangsrichtlijn.

²⁵ Zie paragraaf 5.7.2.

²⁶ Art. 4 Universele dienstrichtlijn.

Zoals hierna zal blijken is een Nederlandse kabelexploitant op grond van de Mediawet gehouden om bepaalde zenders aan haar klanten door te geven. Dit wordt wel de zogenaamde '*must carry*' verplichting genoemd. Hiermee belast de Nederlandse overheid de kabelexploitanten met een dienst van algemeen economisch belang. Deze belasting moet aan de proportionaliteitstoets voldoen die door het Hof van Justitie wordt toegepast onder artikel 106, tweede lid, VWEU.²⁷ Naast de *must carry* zenders, zijn de kabelexploitanten vrij om andere zenders aan te bieden. Door deze verplichting wordt de toepassing van het mededingingsrecht echter niet beperkt en zodoende hoeft geen beroep te worden gedaan op de uitzondering van artikel 106, tweede lid, VWEU.

8.3.4 Slotsom

Het uitgangspunt is van het EU-recht is dus concurrentie in de kabelsector. In principe is daarom het uitgangspunt wat uit deze regels naar voren komt, concurrentie tussen marktsegmenten, de meest vergaande vorm van concurrentie. Als dit niet werkt, zijn wel maatregelen mogelijk om in te grijpen. Deze maatregelen zijn limitatief omschreven in de richtlijn. In het sectorspecifieke EU-recht wordt derhalve vrij specifiek bepaald welk overheidsingrijpen gerechtvaardigd is. Als de marktautoriteit zich genoodzaakt ziet maatregelen op te leggen, kan hij de kabelondernemingen verplichten om andere leveranciers toe laten tot zijn netwerk. Er is dan sprake van concurrentie op de markt. Daarnaast kunnen, als desondanks sprake is van onvoldoende concurrentie, maatregelen op eindgebruikersniveau worden vastgelegd.

Duidelijk is geworden dat het EU-recht voor de kabelsector een kader heeft geschapen waar de nationale wetgever aan is gebonden. Erg veel vrijheid bij de omzetting in nationaal recht heeft de wetgever hierbij niet gehad. In ieder geval is de keuze voor de toegelaten concurrentievormen (concurrentie tussen marktsegmenten en indien nodig concurrentie op de markt) op Europees niveau gemaakt.

De richtlijnen spreken van maatregelen. Op welke wijze deze maatregelen precies worden opgelegd, is een keuze van de nationale wetgever. De nationale wetgever heeft derhalve wel keuzevrijheid voor het bepalen van de in te zetten instrumenten. Een en ander uiteraard binnen de grenzen die ook het VWEU stelt. De telecomunicatiesector is verder onderworpen aan het VWEU.

²⁷ Zie over deze test uitgebreid paragraaf 2.7.

8.4 Publieke belangen

8.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord welke publieke belangen zijn vastgesteld op Europees en nationaal niveau door de wetgever(s). Hierbij wordt betrokken of deze vaststelling expliciet is geweest en in hoeverre een kenbare prioriteitenafweging heeft plaatsgevonden tussen de onderling tegenstrijdige publieke belangen. De publieke belangen worden afgeleid uit de beschikbare preambules van Europese richtlijnen of uit nationale parlementaire geschiedenis.

Deze vraag is van belang voor de hoofdvraag van dit hoofdstuk, omdat de publieke belangen die door de wetgever zijn vastgesteld in feite het toetsingskader vormen voor de vraag of de gekozen instrumenten tot het gewenste resultaat (kunnen) leiden. Omdat publieke belangen doorgaans tegenstrijdig zijn en daarom tegen elkaar moeten worden afgewogen wordt hierbij betrokken of en in hoeverre een rangorde is aangebracht tussen de verschillende publieke belangen.²⁸ Dit heeft immers gevolgen voor de beoordeling of met de gekozen regulering de publieke belangen kunnen worden geborgd.

De publieke belangen die een rol spelen in de kabelsector zijn velerlei. Ze zijn, zoals in elke sector, gevarieerd, kunnen in de realisering ervan onderling strijdig blijken te zijn en bovendien zijn zij contingent. Hierna worden de belangrijkste publieke belangen besproken. Hierna komen eerst de publieke belangen die op Europees niveau zijn vastgesteld aan de orde (8.4.2) en daarna die zijn vastgesteld op nationaal niveau (8.4.3). Afgesloten wordt met een slotsom waarin de vraag wordt beantwoord welke publieke belangen zijn vastgesteld, of dit impliciet of expliciet is gebeurd en of hierbij een prioriteitenstelling is gemaakt (8.4.4).

8.4.2 Europees niveau

Op Europees niveau gedefinieerde publieke belangen voor elektronische communicatie, waartoe ook de kabelsector moet worden gerekend, zijn het bevorderen van concurrentie, het erop toezien dat geen verstoring van de concurrentie plaatsvindt, het maximaal laten profiteren door afnemers van keuze, prijs en kwaliteit en het aanmoedigen van efficiënte investeringen en innovaties. Daarnaast moet de verstrekking van duidelijke informatie en daarmee de transparantie, bijvoorbeeld over tarieven, bevorderd worden en de integriteit en de veiligheid van de netwerken worden gewaarborgd. Verder moet de consument een hoog niveau van bescherming krijgen bij zijn transacties met zijn leveranciers, met name door eenvoudige geschillenprocedures en moet de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer worden gewaarborgd. Dit is in de Kaderrichtlijn geformuleerd als een opdracht aan de nationale 'regelgevende instanties' (i.c. OPTA en het Commissariaat voor de Media).²⁹

8.4.3 Nationaal niveau

Publieke belangen zijn door de nationale wetgever voor de kabelsector niet geëxpliciteerd. Zij moeten worden afgeleid uit de relevante parlementaire geschiedenis. De regering onder Paars II (tweede kabinet Kok, 1998-2002) is van mening dat 'het publieke belang van de kabel is gelegen in de belangrijke positie van de kabel in de distributie van omroep en daarmee in de

²⁸ Over dit karakter van publieke belangen paragraaf 3.5.

²⁹ Art. 8 lid 2, 4 en 5 Kaderrichtlijn.

maatschappelijke informatievoorziening.³⁰ Verder 'dient de overheid (...) een basisaanbod van omschreven kwaliteit tegen min of meer gelijke prijzen voor iedereen (...) te waarborgen.'³¹ De publieke belangen, pluriformiteit van het aanbod, toegankelijkheid en betaalbaarheid staan dan ook centraal in de Mediawet. Een belangrijk gegeven hierbij is dat de overheid zich slechts in beperkte mate kan bezighouden met het reguleren van de inhoud van het aanbod. Zo mag geen voorafgaand toezicht (censuur) zijn op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending.³²

Het is de verantwoordelijkheid van de overheid om zowel de programma-aanbieders als de gebonden klanten te beschermen tegen mogelijk misbruik van de machtspositie van de kabelexploitant, aldus de regering.³³

Meer algemeen stelt de regering in de toelichting op de Telecommunicatiewet dat het wetsvoorstel onder andere tot doel heeft 'om op alle relevante markten van de elektronische communicatiesector [derhalve ook de kabelsector, KW] daadwerkelijke concurrentie te bevorderen, zodat er voor eindgebruikers voldoende keuzevrijheid bestaat, ook in prijs en kwaliteit.'³⁴

In de Telecommunicatiewet worden voorts door de wetgever nog concrete doelstellingen voor het toezicht van de OPTA vastgelegd. Dit zijn de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, tweede, derde en vierde lid van de Kaderrichtlijn. De wetgever noemt daarvan expliciet het bevorderen van de concurrentie (...), de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van belangen van eindgebruikers in keuze, prijs en kwaliteit (art. 1.3 Tw).

Hier kan uiteraard niet voorbij worden gegaan aan een belangrijk publiek belang waarvoor de kabelsector, samen met andere sectoren, zorg draagt, te weten de verspreiding van media. Met het oog hierop moet de onafhankelijkheid, de diversiteit, de kwaliteit en de toegankelijkheid van de media worden beschermd.³⁵ Hieronder valt een breed spectrum van dagbladen, opiniebladen, radio en televisie. Een van de belangrijkste netwerken voor audiovisuele communicatie (radio en televisie) is de kabel.

8.4.4 Slotsom

Er is geconstateerd dat de wetgever niet expliciet heeft aangegeven welke publieke belangen de wetgeving ter regulering van de kabelsector zou moeten dienen. Uit de relevante parlementaire geschiedenis zijn de doelstellingen afgeleid en hier beschreven. Samenvattend kan worden gesteld dat de volgende publieke belangen in de kabelsector door de nationale wetgever, in navolging van de Europese wetgever, zijn vastgesteld: een lage prijs voor een goede kwaliteit, toegankelijkheid, een pluriform aanbod, bescherming van de consument tegen machtsmisbruik door de kabelexploitant en voldoende keuzevrijheid voor de consument. Concurrentie is volgens de wetgever het middel om deze doelen te bereiken.

Zij zijn zeer algemeen geformuleerd en daarom redelijk vaag. De beschreven doelstellingen zijn bovendien op bepaalde punten innerlijk tegenstrijdig. Zo kan het bevorderen van concurrentie op gespannen voet staan met het beschermen van belangen van eindgebruikers. Zoals reeds aangegeven wordt niet geëxpliciteerd welke publieke belangen prevaleren.

³⁰ *Kamerstukken II 1999/00, 27 088, nr. 2, p. 3 (Nota Kabel en consument: marktwerking en digitalisering).*

³¹ *Kamerstukken II 1999/00, 27 088, nr. 2, p. 3-4.*

³² Art. 7 lid 2 Gw.

³³ *Kamerstukken II 1999/00, 27 088, nr. 2, p. 3.*

³⁴ *Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 18.*

³⁵ *Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 1*

Dit betekent dat het zeer lastig is om te beoordelen of de instrumenten de betrokken publieke belangen kunnen borgen. Het is onduidelijk wat de belangen precies inhouden en bovendien is het onduidelijk welke belangen voorrang genieten. De publieke belangen vormen slechts in beperkte mate een geschikt toetsingskader. Dit maakt het niet goed te controleren of met de betrokken instrumenten de vastgestelde publieke belangen kunnen worden geborgd.

De vastgestelde publieke belangen vertonen gelijkenis, hoewel gedeeltelijk indirect, met de publieke belangen die zijn genoemd in de kabinetsnota Publieke belangen en marktordering. Zo wordt het publieke belang van leveringszekerheid niet genoemd maar is leveringszekerheid wel een onderdeel van de toegankelijkheid tot de kabel. Kwaliteit en een lage prijs worden expliciet genoemd. Kwaliteit kan echter zien op de inhoud van het aanbod, waarvan de nagestreefde pluriformiteit een specificering is, maar ook op de levering van de dienst. Er zit een mogelijke overlap tussen de toegankelijkheid van de kabel en de leveringszekerheid en een lage prijs. Een lage prijs maakt de kabel immers voor meer mensen toegankelijk. Leveringszekerheid betekent in deze sector een ononderbroken levering hetgeen ook de toegankelijkheid van de dienst ten goede komt. Zo kan toegankelijkheid als een paraplubegrip worden uitgelegd voor meerdere andere publieke belangen.

8.5 Concurrentie

8.5.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de economische kenmerken van de kabelsector beschreven en op basis hiervan en op basis van het EU-recht (8.3) wordt geanalyseerd welke concurrentiemodaliteiten geschikt kunnen zijn voor toepassing in de kabelsector. In dat licht wordt beoordeeld of en in hoeverre de nationale wetgever bij de keuze voor deze concurrentiemodaliteit een juiste afweging heeft gemaakt. Het benoemen van de concurrentiemodaliteit is van belang voor de beantwoording van de vraagstelling van dit hoofdstuk omdat de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit gevolgen heeft voor de keuze van instrumenten. Bepaalde instrumenten kunnen op een bepaalde manier bij een bepaalde concurrentiemodaliteit worden ingezet.

Hierna wordt eerst ingegaan op de marktimperfecties in de kabelsector. Vervolgens worden de verschillende concurrentiemodaliteiten besproken en wordt gezien of en in hoeverre zij reële opties zijn in de kabelsector. Daarna wordt tot een oordeel gekomen over de keuze van de nationale wetgever voor de concurrentiemodaliteit.

8.5.2 Economische kenmerken

‘De kabel’ is een elektronische communicatienetwerk dat bestaat uit een vaste infrastructuur die is ontworpen voor eenrichtingstransport van audiovisuele programma’s naar de gebruiker.³⁶

De kabelmarkt wordt net zoals andere infrastructuurgebonden sectoren gekenmerkt door een netwerk met hoge verzonken kosten. Duplicatie van de infrastructuur is niet rendabel. Overal zouden graafwerkzaamheden moeten plaatsvinden om dit te doen. Daarmee is sprake van een natuurlijk monopolie. Dit natuurlijk monopolie bestaat alleen voor het doorgeven van het signaal via de kabel. Er zijn echter ook andere manieren om radio en televisie te ontvangen: analoog via de kabel en digitaal via satelliet, ether, kabel en DSL. Inmiddels heeft namelijk in de telecommunicatiesector convergentie plaatsgevonden omdat als gevolg van technologische ontwikkelingen infrastructuren steeds beter alle soorten communicatie kunnen verwerken.³⁷

Een belangrijk historisch kenmerk dat hierbij komt is dat er een voorsprong is op het verspreiden van radio- en tv-signalen voor de bestaande kabelbedrijven. Kabelexploitanten hebben een belangrijk *‘first mover advantage’*. Vanwege de hoge dichtheid van de kabelinfrastructuur in Nederland is het lastig voor concurrenten om de markt te betreden via een andere infrastructuur. De kabelbedrijven proberen bijvoorbeeld nieuwe klanten tegen zeer voordelige prijzen een speciale decoder te verkopen waarmee ze veel meer zenders kunnen ontvangen dan het standaard programma-aanbod tegen een zeer aantrekkelijke prijs. Ook hiervoor geldt dan weer het *first mover advantage*. Op deze wijze kopen de exploitanten zich in op de markt. Als een consument eenmaal over die decoder beschikt, zal hij niet gauw overgaan tot een aanschaf bij een concurrent.

De kabelbedrijven in Nederland zijn verticaal geïntegreerd. Dit betekent dat zij zowel leverancier zijn van de radio- en tv-signalen als de beheerder en eigenaar van de infrastructuur.

³⁶ Dommering 2002, p. 29.

³⁷ Dommering 2002, p. 29.

8.5.3 Concurrentiemodaliteiten

8.5.3.1 Concurrentie tussen marktsegmenten

Het organiseren van concurrentie tussen marktsegmenten waarbij de kabel concurreert met andere infrastructuur is een reële optie vanwege de eerder genoemde convergentie in de telecommunicatiesector. Er zijn immers ook andere telecommunicatienetwerken, zoals adsl, breedband en satelliet die signalen kunnen doorgeven. Hiervan werd veel verwacht. Gelet op het feit dat de dichtheid van de kabel zeer groot is en er in het algemeen voor de alternatieve wijzen van ontvangst extra apparatuur vereist is, kan echter op dit moment niet gesproken van serieuze concurrentie. Voor de andere diensten die via de kabel kunnen worden aangeboden, (breedband)internet en telefonie, geldt al langer dat sprake is van concurrentie tussen infrastructuur. Het komt erop neer dat de kabelexploitanten voor het verspreiden van de omroepsignalen nauwelijks concurrentie ondervinden.³⁸ Zij zijn feitelijk monopolist doordat zij de eigendom hebben van het kabelnetwerk, het belangrijkste netwerk voor het verspreiden van omroepsignalen. Omdat afnemers niet kunnen kiezen, is het mogelijk dat uiteenlopende tarieven in Nederland worden gehanteerd voor vergelijkbare programmapakketten.

8.5.3.2 Concurrentie op de markt

Vanwege het gebrek aan concurrentie in de omroepmarkt is inmiddels besloten door OPTA met goedkeuring van de Europese Commissie dat de kabelbedrijven hun netwerk moeten openstellen voor derden. Daarmee wordt concurrentie op de markt georganiseerd. Verschillende leveranciers concurreren met elkaar om de gunst van de consument, maar de diensten kunnen worden geleverd met behulp van hetzelfde netwerk.

Een probleem dat hierbij speelt, is dat de eigenaar van de infrastructuur die toegang aan derden moet verlenen een concurrent is van deze derden. Het is daarom van belang dat er waarborgen zijn voor een onafhankelijk beheer van de infrastructuur.

8.5.3.3 Concurrentie om de markt

Een alternatief zou kunnen zijn dat er concurrentie om de markt zou worden georganiseerd. Om dit te organiseren zou een scheiding tussen eigendom/beheer en exploitatie moeten worden aangebracht. De exploitant zou dan voor een bepaalde periode een monopolie krijgen om via de kabel radio- en tv-signalen te verspreiden. Hoewel dit een reële optie is, zou het om ingrijpende stelselwijzigingen vragen waarvan men zich kan afvragen of deze nodig zijn in het licht van de andere concurrentiemogelijkheden.

8.5.3.4 Prestatievergelijking

Een ander reëel alternatief is het organiseren van een prestatievergelijking in de vorm van benchmarking of maatstafconcurrentie. De voorkeur van de Europese Commissie gaat echter uit naar zoveel mogelijk directe concurrentie. Gelet op de grenzen van het EU-recht is dit geen reële optie voor de Nederlandse wetgever.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Besluit marktanalyse omroep van 5 maart 2009 inzake UPC, p. 192, <www.opta.nl>.

8.5.4 Slotsom

Alle concurrentiemodaliteiten blijken in beginsel tot de (praktische) mogelijkheden te behoren in de kabelsector. Hoewel concurrentie om de markt en maatstafconcurrentie dus ook reëel zijn, staat het EU-recht deze vormen van regulering niet toe en zodoende zijn ze misschien in praktische zin wel mogelijk, maar in juridische zin niet. De nationale wetgever heeft om deze reden geen eigen afweging kunnen maken en daarom kan deze afweging ook niet worden beoordeeld.

De kabelsector is derhalve gebonden aan de concurrentie tussen marktsegmenten en, mocht dit onvoldoende van de grond komen, aan concurrentie op de markt. Dit is van betekenis voor de keuze van de instrumenten (8.7).

8.6 Partijen

8.6.1 Inleiding

In de kabelsector zijn veel verschillende partijen actief. De vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord, is wie welke rol speelt en daarmee in zekere mate verantwoordelijkheid draagt in de kabelsector. In deze paragraaf komen de belangrijkste partijen die een rol spelen in de elektriciteitssector aan bod. Ingegaan wordt op hun juridische status en bevoegdheden of rechten.

Voor het beantwoorden van de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is deze beschrijving van belang, omdat kan worden beoordeeld in hoeverre de wetgever het borgen van publieke belangen uit handen van de overheid geeft en dit houdt een indicatie in van wie de verantwoordelijkheid draagt voor het borgen van publieke belangen.

Er zijn als het ware drie clusters van partijen te onderscheiden in elke nutssector. Het gaat hier ten eerste om de overheid in verschillende verschijningsvormen die de kabelsector reguleert (8.6.2), ten tweede om de ondernemingen die tv-signalen doorgeven (8.6.3) en ten derde om de consument (8.6.4). In de slotsom zal worden geconcludeerd hoe, gelet op de betrokken partijen, de verdeling van verantwoordelijkheid tussen markt en overheid voor de kabelvoorziening moet worden geduid (8.6.5).

8.6.2 Overheid

8.6.2.1 *Minister van Economische Zaken*

De minister van EZ is verantwoordelijk voor het gevoerde beleid ten aanzien van de kabel als transportmiddel voor de verschillende diensten. De minister is (beperkt) verantwoordelijk voor het functioneren van de OPTA en de NMa. Hij mag niet ingrijpen in individuele gevallen, maar slechts beleidsregels stellen.³⁹ De kaderwet zelfstandige bestuursorganen is niet van toepassing op OPTA en de NMa⁴⁰ en daarom is de minister van EZ niet bevoegd om besluiten van deze marktautoriteiten te vernietigen.

8.6.2.2 *Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen*

De minister van OC&W is verantwoordelijk voor het gevoerde beleid ten aanzien van de inhoud van het programma-aanbod dat door middel van de kabel worden verspreid. Hij is jegens het parlement verantwoording verschuldigd voor het waarborgen van de publieke belangen in de kabelsector, voorzover het gaat om de pluriformiteit van het aanbod via de kabel en de toegankelijkheid van de kabel voor consumenten. De invloed om het aanbod inhoudelijk te reguleren is grondwettelijk beperkt.⁴¹

De minister is verantwoordelijk voor het functioneren van het Commissariaat. De besluiten van het Commissariaat kunnen bij koninklijk besluit worden vernietigd of geschorst.⁴²

³⁹ Art. 5d Mw en art. 19 Wet OPTA.

⁴⁰ Art. 2 lid 2 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen j° Wet OPTA en de Mededingingswet.

⁴¹ Art. 7 lid 2 Gw.

⁴² Art. 7.9 Mediawet 2008.

8.6.2.3 Marktautoriteiten

In de Kaderrichtlijn wordt bepaald dat de nationale regelgevende instanties, oftewel marktautoriteiten, onafhankelijk moeten zijn van alle telecommunicatiebedrijven.⁴³ OPTA en de NMa moeten van Brussel derhalve onafhankelijk opereren van de markt. Dit houdt echter niet direct in dat zij ook onafhankelijk moeten zijn van de politiek. In de literatuur wordt wel gepleit voor de onafhankelijkheid van de politiek van dergelijke toezichthouders.⁴⁴

De NMa houdt toezicht op de kabelsector op grond van het algemene mededingingsrecht. De NMa is een zelfstandig bestuursorgaan, ingesteld in de Mededingingswet en opereert onder beperkte ministeriële verantwoordelijkheid, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam. OPTA is sinds 1 augustus 1997 onafhankelijk toezichthouder op de post- en telecommunicatiemarkt. Ook OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan dat onder beperkte ministeriële verantwoordelijkheid opereert. Zij is zelf niet bevoegd om algemeen mededingingstoezicht te houden; dat gebeurt door de NMa. Sinds het nieuwe richtlijnenkader worden van OPTA wel specifiek mededingingsrechtelijke oordelen gevraagd.⁴⁵ OPTA moet marktanalyses plegen, beoordelen of er spelers op de kabelmarkt zijn met aanmerkelijke marktmacht. Indien dat het geval is, staan haar een aantal instrumenten ter beschikking om te voorkomen dat dit problemen voor afnemers en concurrenten gaat opleveren. Het is daarom van groot belang dat beide marktautoriteiten goed samenwerken en afstemmen.

Belangrijke bevoegdheden van OPTA zijn geschillenbeslechting en handhaving door middel van het toepassen van bestuursdwang, het opleggen van een dwangsom of het opleggen van een bestuurlijke boete. OPTA kan bij overtreding van de wet zowel kiezen voor het instrument van geschillenbeslechting als voor het inzetten van handhaving.⁴⁶

De vaste leden van OPTA worden benoemd, geschorst en ontslagen door de minister van EZ.⁴⁷ De minister is bevoegd tot het vaststellen van beleidsregels voor OPTA.⁴⁸ De minister mag derhalve algemene regels stellen over de wijze waarop OPTA haar bevoegdheden uitoefent. De minister heeft de bevoegdheid om inlichtingen te vragen⁴⁹ en OPTA brengt financieel verslag aan hem uit. Verder moet de minister instemmen met bepaalde privaatrechtelijke rechtshandelingen van OPTA.⁵⁰

Een andere vergaande bevoegdheid van de minister is het ingrijpen bij ernstige taakverwaarlozing.⁵¹ In dat geval kan de minister de taken die door OPTA worden uitgeoefend naar zich toe trekken. Hoewel de toelichting bij de Wet OPTA⁵² hierover zeer summier is, kan uit parlementaire geschiedenis bij andere wetten worden opgemaakt dat het moet gaan om 'ernstige taakverwaarlozing waarbij ontwrichting van de uitvoering van de taak van het betrokken orgaan dreigt'.⁵³ Ook de toelichting bij Aanwijzing 125m van de Aanwijzingen voor de regelgeving maakt duidelijk dat er een ontwrichting van de uitoefening van de taak moet

⁴³ Art. 3 lid 2 Kaderrichtlijn.

⁴⁴ Zie Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 9-12.

⁴⁵ Hoofdstuk 6a Tw.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 333, nr. 8, p. 7.

⁴⁷ Art. 3 lid 2 Wet OPTA.

⁴⁸ Art. 19 Wet OPTA.

⁴⁹ Art. 5e Mw en art. 18 Wet OPTA.

⁵⁰ Art. 22 Wet OPTA.

⁵¹ Art. 5f Mw en art. 23 Wet OPTA.

⁵² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 128, nr. 3, p. 24.

⁵³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 336, nr. 3, p. 31, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 65, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 39.

dreigen en voegt daaraan toe dat ingrijpen door de minister niet achterwege kan blijven.⁵⁴ Het gaat derhalve om een uiterst redmiddel waarvan tot op heden nog geen gebruik is gemaakt.

De verschillende nationale marktautoriteiten van EU-Lidstaten zijn voorts verbonden in een Europees netwerk van marktautoriteiten. OPTA en haar Europese tegenhangers werken samen in de door de Europese Commissie opgerichte European Regulators Group for electronics and communications networks. Dit netwerk dient ertoe om de uitvoering van Europese normen te coördineren en hierbij samenwerking tussen de verschillende lidstaten te bevorderen.⁵⁵ Op initiatief van Nederland is in 1999 de European Competition Authorities opgericht. Dit is een forum waar o.a. mededingingsautoriteiten uit de EU, Noorwegen, IJsland, Liechtenstein en de Europese Commissie elkaar ontmoeten.⁵⁶ Een meer formele status heeft het European Competition Network waarin de nationale mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten en de Europese Commissie zijn verenigd.⁵⁷

De minister van EZ heeft op het beleid ten aanzien van de uitvoering van EU-regels dat hier wordt gemaakt, gezien de zbo-status van de OPTA en de NMa, relatief weinig controle. OPTA is wel gehouden aan het verstrekken van informatie aan de Minister, maar is verder relatief onafhankelijk bij het maken van afspraken met 'zuster'-marktautoriteiten.

Er is een belangrijke rol voor de Europese Commissie weggelegd op het terrein van het telecommunicatierecht en ter zake van controle van de beslissingen van OPTA als ex ante toezichthouder. Daarop wordt hieronder verder ingegaan.

8.6.2.4 Commissariaat voor de Media

Het Commissariaat voor de Media ontleent zijn bestaan en bevoegdheden aan de Mediawet.⁵⁸ Op voordracht van de Minister van OC&W worden de leden van het Commissariaat bij koninklijk besluit benoemd.⁵⁹ Dit zelfstandig bestuursorgaan heeft voor zover hier relevant als taak de inhoud van het programma-aanbod te bewaken. Hierbij is het Commissariaat minder onafhankelijk dan OPTA en NMa. De minister is namelijk bevoegd om besluiten van het Commissariaat te schorsen of te vernietigen.⁶⁰ Het Commissariaat verstrekt de minister alle voor zijn taak benodigde inlichtingen.⁶¹ Indien het Commissariaat zijn taken onbehoorlijk uitvoert, kan de minister de noodzakelijke voorzieningen treffen.⁶²

Het Commissariaat handhaaft ter uitvoering van deze taak de verplichting voor kabelbedrijven om het wettelijk standaardpakket aan te bieden. De aanbieder van een omroepnetwerk, de kabelexploitant, is verplicht om tenminste vijftien televisieprogramma's en tenminste vijftientig radioprogramma's uit te zenden. Hij moet in dit standaardpakket bovendien een bepaald aantal wettelijk voorgeschreven programma's doorgeven. Deze program-

⁵⁴ Aanwijzingen voor de regelgeving, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2005, 87.

⁵⁵ Deze oprichting werd ook al aangekondigd in de preambule (nr. 36) van de Kaderrichtlijn.

⁵⁶ Van der Meulen 2003, p. 123.

⁵⁷ Zie preambule (nr. 15) van Verordening 1/2003, *Pb.* L 1/1 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en preambule (nr. 14) van Verordening 139/2004, *Pb.* 24/1 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen. Zie voor meer informatie over de ECN: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/ecn_home.html>.

⁵⁸ Art. 7.1 Mediawet 2008.

⁵⁹ Art. 7.3 Mediawet 2008.

⁶⁰ Art. 7.9 Mediawet 2008.

⁶¹ Art. 7.2 Mediawet 2008 jº art. 20 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

⁶² Art. 7.2 Mediawet 2008 jº art. 23 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

ma's worden ook wel de *must carry*-zenders genoemd. Dit zijn de lokale, regionale en landelijke publieke omroepen en twee vlaamstalige zenders, tenzij hij een substantieel lager tarief in rekening brengt.⁶³ In totaal gaat het om 7 televisiezenders en 9 radiozenders. Over de inhoud van het resterende deel van het standaardpakket wordt zwaarwegend geadviseerd door de programmaraad. Overtreedt een kabelexploitant deze bepaling dan kan het Commissariaat een bestuurlijke boete opleggen.⁶⁴

8.6.2.5 Europese Commissie

De Europese Commissie (Commissie) heeft op basis van Europese verordeningen bevoegdheden ten aanzien van de handhaving van het Europese mededingingsrecht. OPTA is onder omstandigheden gehouden de Commissie in kennis te stellen van ontwerpbesluiten betreffende marktdefinities en marktanalyses die van aanzienlijke invloed zijn op de handel tussen de lidstaten.⁶⁵ In bepaalde gevallen, te weten een afwijkende marktdefinitie of het al dan niet aanwijzen van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht, wordt de vaststelling van de maatregel met twee maanden uitgesteld als de Commissie bezwaren heeft tegen de maatregel. Deze bezwaren kunnen bestaan uit de constatering dat de maatregel een belemmering opwerpt voor de Europese interne markt of dat de Commissie ernstige twijfels heeft omtrent de verenigbaarheid van de ontwerpmaatregel met het EU-recht. Voorts kan de Commissie binnen deze termijn het besluit nemen om van de OPTA te verlangen dat zij de ontwerpmaatregel intrekt.⁶⁶

OPTA heeft in november 2005 de Commissie op grond van artikel 7 van de Kaderrichtlijn een notificatie gestuurd van de door haar voorgenen marktregulering. Hierin stelde OPTA vast dat geen sprake was van effectieve mededinging in de kabelsector. Als oplossing stelde zij voor om gedurende een periode van drie jaar concurrentie op de markt te organiseren door middel van ontvlechting. Daarbij wilde ze een transparantieverplichting en ex ante regulering van de eindgebruikstarieven opleggen. De Commissie uitte ernstige bezwaren. Zij was van oordeel dat OPTA niet voldoende bewijs had geleverd dat de eindgebruikersmarkt daadwerkelijk niet concurrerend was. Verder vond zij de voorgestelde tariefregulering niet proportioneel. Dit zou de totstandkoming van concurrentie tussen marktsegmenten belemmeren. Vervolgens heeft OPTA de notificatie zodanig aangepast dat de bezwaren bij de Commissie werden weggenomen. Zij verkortte de periode van drie jaar naar één jaar en zag ervan af om gedurende die periode tot tariefregulering te besluiten.⁶⁷

Verder kan de Commissie op grond van artikel 258 EU-Verdrag een inbreukprocedure starten tegen Nederland (een lidstaat) als zij van oordeel is dat Nederland een van de verplichtingen op grond van het VWEU niet is nagekomen. Het is denkbaar dat wanneer Nederland ingrijpt in de kabelsector op een wijze die in strijd is met Europeesrechtelijke verplichtingen, zoals het vrije verkeer van diensten, de Commissie een inbreukprocedure zal starten.

8.6.2.6 Gemeente

Gemeenten hebben in de jaren zeventig het kabelnetwerk aangelegd en in de jaren negentig van de vorige eeuw verkocht, zoals hiervoor besproken (par. 2).

⁶³ Art. 6.13 en 6.14 Mediawet 2008.

⁶⁴ Art. 7.11 en 7.12 Mediawet 2008.

⁶⁵ Art. 7 lid 3 Kaderrichtlijn.

⁶⁶ Art. 7 lid 4 Kaderrichtlijn.

⁶⁷ Zie hierover Grewe 2009, p. 413-414.

De gemeenten hebben bij de verkoop vaak bedongen dat zij invloed zouden behouden op de inhoud van het programma-aanbod (naast de programmaraad, zie 8.6.2.7) en bedongen dat de tarieven niet meer dan de consumentenprijsindex zou mogen stijgen. Deze handelwijze is door de rechter te Amsterdam niet verenigbaar geacht met artikel 7, tweede lid van de Grondwet. Er dient een wettelijke grondslag aanwezig te zijn, blijkt uit dat artikel om voorwaarden te mogen stellen aan omroepvrijheid, aldus de rechtbank.⁶⁸ De rechtbank te Den Haag dacht hier anders over en zag geen strijd met de omroepvrijheid, noch met de doorkruisingsleer met betrekking tot het gebruik van het privaatrecht.⁶⁹

In hoger beroep heeft de voorzieningenrechter in Amsterdam in meerdere gevallen (voorlopig) beslist dat de tariefclausules in de overeenkomsten tussen gemeenten en kabelexploitanten geen beperking van de uitingvrijheid inhouden zodat daarom geen sprake is van strijd met de Grondwet.⁷⁰

Gemeenten coördineren de binnen hun grondgebied uit te voeren werkzaamheden door kabelbedrijven (en andere aanbieders van elektronische communicatienetwerken) in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels. Eigenaren van de grond hebben op grond van de Telecommunicatiewet een plicht om de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels te gedogen en hebben eventueel recht op schadevergoeding.⁷¹

8.6.2.7 Programmaraad

Een programmaraad is een orgaan, ingesteld krachtens de wet,⁷² dat de kabelexploitant adviseert over het standaardpakket dat wordt aangeboden.⁷³ Deze raad brengt derhalve advies uit over welke zenders naast de must carry-zenders in het standaardpakket moeten worden opgenomen. Het standaardpakket bestaat in totaal uit vijftien televisieprogramma's voor algemene omroep en 25 radioprogramma's voor algemene omroep. Een programmaraad wordt geacht onafhankelijk (van markt en overheid) advies te geven aan de kabelexploitant. Hij gaat in al zijn adviezen uit van de in het verzorgingsgebied levende maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke behoeften.⁷⁴ De kabelexploitant mag alleen van het advies afwijken als zwaarwichtige redenen zich tegen het opvolgen van het advies verzetten.⁷⁵ Hierbij moet worden gedacht aan het volgende: 'Zwaarwegende redenen kunnen gelegen zijn in het in gevaar brengen van de financieel-economische exploitatiemogelijkheden van het kabelnet. Ook kan het zijn dat de auteursrechtelijke aspecten niet kunnen worden geregeld, of dat door de programmaraad te veel dure programma's worden geadviseerd en daardoor het abonnement voor aangeslotenen fors dient te stijgen. Ten slotte kan de kabelexploitant ook afwijken van het advies indien dat in strijd met het recht zou komen, bijvoorbeeld indien het een illegaal programma betreft waarvoor geen binnen- of buitenlandse toestemming is gegeven of een van de verplicht door te geven programma's niet in het advies is opgenomen,

⁶⁸ Rb. Amsterdam 28 januari 2004, *AB* 2004, 208 (*Kabelconflict I*; m.nt. BPV).

⁶⁹ Rb. 's-Gravenhage 5 april 2004, *AB* 2004, 209 (*Kabelconflict II*; m.nt. BPV).

⁷⁰ Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *LJN* AQ6845 en Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *NJ* 2005, 533, *LJN* AQ6844.

⁷¹ Art. 5.2 Tw en 6.15 Mediawet 2008.

⁷² Bij de liberalisering in de Mediawet heeft de programmaraad, die in sommige gemeenten al bestond, op verzoek van de Tweede Kamer een wettelijke verankering gekregen, zie: *Kamerstukken II* 1996/97, 24 808, nr. 5 (*nota van wijziging*).

⁷³ Art. 6.15 Mediawet 2008.

⁷⁴ Art. 6.21 Mediawet 2008.

⁷⁵ Art. 6.20 lid 2 Mediawet 2008.

of de programmaraad een onvoldoende divers programmapakket adviseert, hetgeen in strijd is met de wettelijke taakopdracht van de programmaraad.⁷⁶

Een programmaraad wordt ingesteld door de gemeenteraad. Om in aanmerking te komen voor lidmaatschap van een programmaraad moet iemand woonachtig zijn in het verzorgingsgebied en aangesloten zijn op het netwerk in dat gebied (art. 82l lid 3 Mediawet) en mag hij niet lid zijn van de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders of een binding hebben met de kabel-exploitant of een publieke of commerciële omroep (art. 82l lid 4 Mediawet). Een programmaraad moet bovendien bestaan uit een representatieve vertegenwoordiging van de bevolking uit het verzorgingsgebied van de exploitant (art. 82m lid 1 Mediawet). Hierbij gaat het om representativiteit voor de belangrijkste in de gemeente levende maatschappelijke, culturele, geestelijke en godsdienstige stromingen.⁷⁷ De leden van de programmaraad worden voor vier jaar benoemd met de mogelijkheid van eenmalige herbenoeming voor dezelfde duur (art. 82l lid 5 Mediawet). De gemeenteraad mag de omvang van de programmaraad bepalen met dien verstande dat hij minstens zeven en ten hoogste vijftien leden heeft (art. 82m lid 2 Mediawet). De programmaraad is voorts gehouden een reglement op te stellen waarin geregeld is hoe zijn bestaan kenbaar wordt gemaakt aan de aangesloten en op het netwerk en hoe zijn adviezen totstandkomen, vastgesteld worden, openbaar gemaakt worden en wat de geldigheidsduur ervan is (art. 82n Mediawet). De adviesprocedure moet bovendien transparant zijn (art. 82o Mediawet). Hoewel dit niet in de wet is geregeld, is het in de praktijk zo dat de kabelexploitant in beginsel de kosten draagt van de programmaraad. Dit heeft te maken met de oude situatie. Voordat de raden wettelijk werden geregeld, hadden de exploitanten zelf al programmaraden ingesteld.

Een programmaraad kan het Commissariaat, wanneer de kabelexploitant zijn advies niet opvolgt, verzoeken om bestuursrechtelijk op te treden.⁷⁸

In de praktijk blijkt dat door gemeenten voor verschillende rechtsvormen is gekozen. In een aantal gemeenten is de programmaraad ondergebracht in een stichting, in andere gevallen is sprake van een gemeentelijke commissie. Gezien de formulering van de wetgever 'de programmaraad wordt ingesteld door de gemeenteraad' moet het ervoor worden gehouden dat werd beoogd aan te sluiten bij het gemeentelijke commissiestelsel (art. 82-84 Gemeentewet). Vanuit dit oogpunt bekeken is het derhalve de vraag of het instellen van een stichting door de gemeente wel is toegestaan.

Wat daarvan ook zij, in de praktijk leidt dit tot verschillende juridische status van deze raden. Is een raad ondergebracht in een gemeentelijke commissie, dan is sprake van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub a Awb. Het gaat immers om een orgaan van de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente. Dit betekent bovendien dat een programmaraad die is ondergebracht in een commissie is gehouden aan de beginselen van behoorlijk bestuur, ook al is een advies niet aan te merken als een besluit, gezien het ontbreken van rechtsgevolg.⁷⁹ Een programmaraad is in dit geval een zelfstandig bestuursorgaan op het niveau van de gemeente. De leden worden benoemd en ontslagen door de gemeenteraad, maar de gemeenteraad heeft verder geen bevoegdheden om invloed uit te oefenen op de programmaraad. Leden van de gemeenteraad mogen geen deel uitmaken van de programmaraad. Die oefent zijn adviestaak derhalve onafhankelijk uit, hetgeen ook wenselijk is gezien de aard van

⁷⁶ *Kamerstukken I* 1996/97, 24 808, nr. 227b en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 639, nr. 10, p. 3.

⁷⁷ De Commissie gelijke behandeling heeft beslist dat bij de werving voor leden van de programmaraad de representativiteit niet mag worden gekoppeld aan persoonskenmerken maar aan deskundigheid op voor het werk van de programmaraad relevante terreinen. Koppeling aan persoonskenmerken leidt tot strijd met de gelijke behandelingsvoorschriften op het terrein van geslacht en/of ras en/of nationaliteit. Zie CGB 28 september 1998, AB 199, 121 (m.nt. RH).

⁷⁸ Artt. 6.20 lid 2 j° 7.11 en 7.12 Mediawet 2008.

⁷⁹ Art. 3:1 lid 2 Awb.

de bevoegdheid van de programmaraad, namelijk het uitoefenen van invloed op de inhoud van het programma-aanbod. Dit sluit ook aan bij het commissiestelsel, waar de wetgever voor gekozen heeft. Hoewel deze onafhankelijkheid nauwelijks expliciet aan de orde is gekomen in de parlementaire geschiedenis aangaande de wettelijke verankering van de programmaraad, is het toch waarschijnlijk dat hiervan impliciet is uitgegaan.⁸⁰ Bovendien wordt in veel secundaire stukken vaak gerefereerd aan de onafhankelijkheid van de programmaraad.⁸¹

Als is gekozen voor een stichting is er geen sprake van een bestuursorgaan, omdat aan de programmaraad geen openbaar gezag wordt toegekend en daarmee voldoet deze vorm niet aan de vereisten van art. 1:1 lid 1 sub a of b Awb. Aan het uitbrengen van adviezen is immers, hoe zwaarwegend ook, geen rechtsgevolg verbonden. Omdat geen sprake is van een bestuursorgaan is een programmaraad in de vorm van een stichting niet gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁸²

Het is sterk de vraag welke rol nog voor de programmaraden is weggelegd als er voldoende concurrentie op het gebied van rtv-signalen tot stand zal komen. Het kabinet Balkenende II heeft aangegeven in haar reactie op het WRR-rapport Focus op functies⁸³ dat de programmaraden op den duur zullen worden afgeschaft en vervangen door marktonderzoek en klantenpanels.⁸⁴ Het ligt voor de hand dat wanneer de consument uit voldoende verschillend aanbod kan kiezen, omdat sprake is van concurrentie, de programmaraden die pasten bij een monopoliesituatie, niet meer noodzakelijk zijn.

8.6.3 Ondernemingen

8.6.3.1 Kabelexploitanten

De kabelexploitanten zijn anno 2009 allemaal monopolist in hun verzorgingsgebied. De exploitanten hebben de economische macht om te beslissen welke programma-aanbieders zij toelaten tot hun netwerk en welke consumenten zij aansluiten.

Het zijn privaatrechtelijke rechtspersonen, meestal in de vorm van vennootschappen. De grootste kabelexploitanten zijn Ziggo en UPC.⁸⁵ Deze vennootschappen zijn in private handen. Van de vier grootste exploitanten heeft OPTA inmiddels bepaald dat ze aanmerkelijke marktmacht hebben (Ziggo, UPC, Delta en CAIW). Inmiddels is duidelijk dat zij verplicht worden om hun netwerk open te stellen voor andere leveranciers.

Naast deze bedrijven bestaat ook nog een aantal kleinere lokale kabelbedrijven dat een klein deel van de markt in handen heeft. Een deel van deze ondernemingen gaat uit van stichtingen die onafhankelijk zijn van de overheid.⁸⁶ Ook zijn er vennootschappen waarin de aandelen door overheden worden gehouden.⁸⁷ Opvallend is dat veel van deze kleinere, niet pri-

⁸⁰ Wel wordt het geëxpliciteerd in een verslag van de Vaste Commissie van OC&W: *Kamerstukken II 1996/97*, 24 808, nr. 4, p. 15.

⁸¹ Zo noemt de programmaraad van Friesland zich: 'Onafhankelijke programmaraad Friesland' op de website <www.programmaraadfriesland.nl>. Ook de Stichting Algemene Programmaraad (Programmaraad van Amsterdam e.o.) noemt de programmaraden onafhankelijk: <www.stichtingapr.nl>.

⁸² Dit zijn immers alleen bestuursorganen, zie art. 3:1 lid 2 Awb.

⁸³ WRR 2006.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 692, nr. 14, p. 29.

⁸⁵ In 2009.

⁸⁶ Bijvoorbeeld Stichting Regionale Kabeltelevisie Midden-Nederland, <www.rekam.nl>.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld <www.kabelnoord.nl>.

mair winstgedreven organisaties, over het algemeen een veel lagere prijs voor het wettelijk standaardpakket vragen dan de grote kabelexploitanten.

Het is de kabelexploitanten toegestaan om zelf diensten via de kabel aan te bieden. Zij zijn verplicht om een bepaald standaardpakket aan omroepsignalen aan alle aangeslotenen door te geven. Bijna alle kabelexploitanten zijn verenigd in 'NLKabel', de brancheorganisatie van de Nederlandse kabelbedrijven.⁸⁸

8.6.3.2 *Exploitanten andere netwerken*

Naast de kabelexploitanten zijn er ook ondernemingen met andere netwerken die de concurrentie aangaan met de kabelexploitanten. Het gaat om aanbieders van satelliet, digitale ether, DSL-netwerken en glasvezelnetwerken.

8.6.3.3 *Dienstenaanbieders*

Er zijn verschillende soorten aanbieders die hun diensten via de kabel willen aanbieden. Ten eerste zijn er de programma-aanbieders, die kunnen worden ingedeeld in publieke en private programma-aanbieders. De kabelexploitanten zijn op grond van de Mediawet verplicht om de programma's van de publieke aanbieders door te geven.

Daarnaast zijn er de commerciële programma-aanbieders die hun programma's via de kabel willen verspreiden. Als gezegd zijn de kabelexploitanten gehouden om te voldoen aan redelijke verzoeken tot toegang.

Naast de programma-aanbieders zijn er ook aanbieders van andere diensten zoals internet en vaste telefonie. Dit zijn diensten die momenteel vaak door kabelexploitanten zelf worden aangeboden. Andere aanbieders van deze diensten kunnen toegang tot de kabel momenteel niet afdwingen. Op dat gebied hebben de kabelexploitanten geen aanmerkelijke marktmacht. Er zijn natuurlijk voor hen andere manieren om met de kabelexploitanten te concurreren op dit gebied, zoals met het telefoonnet van KPN.

8.6.4 Consument

Zoals reeds gezegd is meer dan negentig procent van de huishoudens in Nederland aangesloten op het kabelnetwerk en maakt tachtig procent gebruik van deze verbinding om rtv-signalen te ontvangen. Aangezien de kabelexploitanten regionaal monopolist zijn, is de consument, indien hij wil gebruikmaken van de kabel, gebonden aan de regionale exploitant. Inmiddels is overigens een besluit genomen door OPTA waaruit volgt dat consumenten zullen kunnen kiezen van welke aanbieder zij rtv-signalen willen ontvangen via de kabel.⁸⁹ Wel bestaat de mogelijkheid om bij een klacht of probleem naar de geschillencommissie te stappen waar kabelexploitanten verplicht bij zijn aangesloten.⁹⁰

Op de kabelexploitant rust een informatieplicht. Hij moet een consument met wie een contract wordt aangegaan informeren over onder meer het kwaliteitsniveau van de diensten en de schadevergoedingsregeling als deze kwaliteit niet wordt gehaald en de wijze waarop gebruik kan worden gemaakt van de geschillencommissie.⁹¹ Verder is geregeld dat een con-

⁸⁸ Zie <www.nlkabel.nl>.

⁸⁹ Zie meer paragraaf 5.7.

⁹⁰ Zie art. 12.1 Tw en <www.geschillencommissie.nl>.

⁹¹ Art. 7.1 Tw.

sument de overeenkomst met een kabelexploitant kan wijzigen wanneer de kabelexploitant een beding in de overeenkomst wil wijzigen. De kabelexploitant moet de consument van deze mogelijkheid op de hoogte stellen.⁹²

8.6.5 Slotsom

Er zijn vrij veel bestuursorganen betrokken bij de regulering van de kabelsector. Dit heeft te maken met het gegeven dat deze sector niet alleen economisch wordt gereguleerd, maar ook inhoudelijk. OPTA heeft van deze bestuursorganen de meeste vergaande bevoegdheden en daarmee de meeste directe invloed op de kabelsector. De ministers zijn verantwoordelijk voor het gevoerde beleid, maar voor OPTA bestaat slechts beperkte ministeriële verantwoordelijkheid.

De kabelexploitanten zijn monopolist in hun verzorgingsgebied. Het zijn privaatrechtelijke rechtspersonen, waarbij de overheid verder niet betrokken is. Inmiddels is besloten tot een andere vorm van regulering, waardoor bepaalde monopolisten die aanmerkelijke marktmacht hebben hun netwerk zullen moeten openstellen voor derden.

De consument was bij keuze voor de kabel afhankelijk van de kabelexploitant. Wel kon hij kiezen voor een andere infrastructuur. Inmiddels zal de consument ook kunnen kiezen voor een andere aanbieder via de kabel. Een consument kan niet opkomen tegen het advies van de programmaraad omdat hij zich niet als belanghebbende kwalificeert. Wel kan hij opkomen voor zijn belangen bij een geschillencommissie.

De vraag is welke conclusies hieruit kunnen worden getrokken ten aanzien van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en markt. De overheid is een bepalende factor in de kabelsector. OPTA heeft vergaande bevoegdheden om in te grijpen als concurrentie onvoldoende tot stand komt. De democratische legitimatie van dit optreden is echter beperkt gelet op de beperkte politieke verantwoordelijkheid waaronder zij functioneert. De overheid heeft in hoge mate een faciliterende rol om concurrentie op gang te helpen. Er zijn belangrijke verantwoordelijkheden bij de markt. De volledig privaatrechtelijke ondernemingen die onafhankelijk zijn van de overheid concurreren met elkaar. Ook de consument moet hierbij in actie komen door bewuste keuzes te maken. Van deze concurrentie wordt veel verwacht ten aanzien van het borgen van publieke belangen. De verantwoordelijkheid voor het borgen van publieke belangen ligt daarom vooral bij de markt, waarbij de overheid reactief optreedt wanneer blijkt dat concurrentie onvoldoende tot stand komt waardoor publieke belangen niet worden geborgd.

⁹² Art. 7.2 Tw.

8.7 Instrumenten

8.7.1 Inleiding

De overheid heeft in verschillende hoedanigheden verschillende instrumenten om publieke belangen te borgen in de kabelsector. Hierna wordt de vraag beantwoord wat de beschikbare instrumenten inhouden. Er wordt gefocust op instrumenten die gericht zijn op het transport van de signalen en die te maken hebben met de ordening van de markt. Daarnaast komen ook instrumenten die zien op de inhoud van het doorgegeven signaal aan de orde. Voor het beantwoorden van de hoofdvraag van dit hoofdstuk is het van belang om te bezien in hoeverre deze instrumenten de publieke belangen kunnen borgen. Zijn er voldoende instrumenten en zijn het er niet teveel gelet op de gekozen concurrentiemodaliteit? Bieden ze voldoende grip om de vastgestelde publieke belangen te borgen of wordt veel vrijheid uit handen gegeven? In hoeverre is de inzet van de instrumenten democratisch gelegitimeerd? Zijn er instrumenten beschikbaar om in te grijpen als er iets misgaat in de kabelsector? Deze vragen zijn van belang voor de vraag of en in hoeverre met de beschikbare instrumenten de vastgestelde publieke belangen kunnen worden geborgd.

8.7.2 Verplichting toegang verlenen tot netwerk

Eén van de belangrijkste instrumenten om de kabelsector te reguleren is het opleggen van de verplichting om derden die daarom een redelijk verzoek doen, toegang tot het netwerk te verlenen.⁹³ Een kabelexploitant moet andere leveranciers van rtv-signalen dan toegang geven zodat een consument ook voor een andere leverancier kan kiezen die gebruik maakt van het kabelnetwerk. Deze verplichting ziet derhalve op de groothandelsmarkt, niet op de eindgebruikersmarkt. Bevoegd tot het toepassen van dit instrument is OPTA en zij mag deze verplichting alleen opleggen aan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht.

OPTA stelt vast of een onderneming aanmerkelijke marktmacht heeft. Eens per drie jaar moet zij markten in de elektronische communicatiesector onderzoeken en analyseren. De Europese Commissie heeft een aanbeveling opgesteld betreffende de door de marktautoriteiten te analyseren markten. Hiertoe hoort de omroepmarkt niet, maar vanwege de unieke Nederlandse situatie gelet op de hoge dichtheid van de kabel, heeft OPTA hiertoe toch besloten.

Hiertoe moet OPTA eerst de relevante markt bepalen,⁹⁴ vervolgens vaststellen of sprake is van marktmacht en ten slotte onderzoeken welke verplichtingen passend zijn.⁹⁵ Een onderneming heeft aanmerkelijke marktmacht als zij, alleen of samen met anderen, beschikt over een aan machtspositie gelijkwaardige positie. Dit houdt in dat zij een economische kracht bezit die haar in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.⁹⁶ In dit kader moet OPTA nauw samenwerken met de NMa gezien de bestaande expertise van de mededingingsautoriteit op dit

⁹³ Art. 6a.6 Tw.

⁹⁴ Art. 6a 1 Tw.

⁹⁵ Art. 6a 2 Tw.

⁹⁶ Art. 14 lid 2 Kaderrichtlijn.

terrein.⁹⁷ Als aanmerkelijke marktmacht is geconstateerd, moet OPTA één of meer passende verplichtingen aan zo'n onderneming opleggen. Het gaat hierbij om ex ante verplichtingen.

Als OPTA heeft besloten een verplichting tot het verlenen van toegang op te leggen, kan zij nog een viertal andere verplichtingen daarbij opleggen. Ten eerste kan OPTA verplichten tot het hanteren van tarieven die zijn gebaseerd op de kosten van een kabelexploitant.⁹⁸ Ten tweede kan zij verplichten dat de kabelexploitant de doorgifte van rtv-signalen onder gelijke omstandigheden onder gelijke voorwaarden verleent.⁹⁹ De kabelexploitant moet op grond van deze verplichting gelijke voorwaarden hanteren jegens derden maar ook jegens haar eigen onderneming en/of aan haar verwante ondernemingen. Ten derde kan OPTA de kabelexploitant verplichten bepaalde informatie openbaar te maken. Het gaat dan om informatie met betrekking tot de tarieven en de technische kenmerken van het netwerk.¹⁰⁰ Ten vierde en ten slotte, kan OPTA de kabelexploitant verplichten een gescheiden boekhouding te voeren.¹⁰¹ Dit houdt in dat de kabelexploitant aparte boekhoudingen voert voor de kosten en opbrengsten van de toegang tot het netwerk en de overige activiteiten die hij verricht. Bij ministeriële regeling kunnen nog andere verplichtingen worden opgelegd.¹⁰²

Van de bevoegdheid tot het opleggen van deze verplichtingen is inmiddels door OPTA, in overleg met de Europese Commissie gebruik gemaakt. Van Ziggo, Delta, CAIW en UPC is bepaald dat zij ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht zijn. Zij hebben allen een dominante positie op zowel de eindgebruikers- als de groothandelsmarkt, aldus OPTA.

Zo is aan Ziggo en UPC de verplichting opgelegd om te voldoen aan redelijke verzoeken tot doorgifte van rtv-signalen van andere aanbieders. Bovendien is aan hen opgelegd om op groothandelsniveau analoge rtv-signalen ter beschikking te stellen inclusief de aansluiting op hun netwerk, zodat een nieuwe aanbieder de volledige relatie met een eindgebruiker kan overnemen. Verder zijn er verplichtingen van non-discriminatie, publicatie van belangrijke informatie en een verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven opgelegd aan deze ondernemingen.

Aan CAIW en Delta zijn minder verplichtingen opgelegd. Zij zijn wel gehouden gehoor te geven aan redelijke verzoeken tot toegang, maar zij hoeven niet op groothandelsniveau het analoge signaal ter beschikking te stellen. Andere aanbieders kunnen dus niet de hele relatie met de eindgebruiker overnemen. Verder geldt voor CAIW en Delta een non-discriminatieverplichting en een transparantieplichting betreffende tarieven en technische specificaties.¹⁰³

Zowel het bepalen van de relevante markt, als het vaststellen van marktmacht als het opleggen van een verplichting is een besluit in de zin van de Awb. Het gaat om schriftelijke beslissingen met rechtsgevolg met een publiekrechtelijke grondslag in de Telecommunicatiewet. Het CBb is in eerste en enige aanleg bevoegd om te beslissen op beroep ingesteld tegen deze besluiten.¹⁰⁴

⁹⁷ Art. 3 lid 4 en 5 Kaderrichtlijn en art. 18.3 Tw. Zie ook de afspraken hierover in het 'Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa', *Stcrt.* 2004, 121.

⁹⁸ Art. 6a.7 Tw.

⁹⁹ Art. 6a.8 Tw.

¹⁰⁰ Art. 6a.9 Tw.

¹⁰¹ Art. 6a.10 Tw.

¹⁰² Art. 6a.11 Tw.

¹⁰³ Besluiten marktanalyse omroep van 5 maart 2009 inzake Ziggo, CAIW, UPC en Delta, <www.opta.nl>.

¹⁰⁴ Art. 17.1 Tw.

8.7.3 Verplichtingen eindgebruikersmarkt

Als de hiervoor besproken verplichtingen ontoereikend zijn om de concurrentie te bevorderen en de consument te beschermen, kan OPTA een aantal verplichtingen op leggen die niet zien op de groothandelsmarkt maar op de eindgebruikersmarkt.¹⁰⁵ Deze verplichtingen grijpen daarmee rechtstreeks in in de relatie tussen de kabelexploitant en de consument.

OPTA kan de kabelexploitant verplichten om haar consumenten gelijk te behandelen, om aan haar consumenten bepaalde informatie kenbaar te maken en eindgebruikersdiensten te ontbundelen van andere diensten.¹⁰⁶ Verder kan zij bepalen dat de kabelexploitant kosten-georiënteerde eindgebruikerstarieven hanteert en moet OPTA deze tarieven goedkeuren.¹⁰⁷

Een verplichting moet proportioneel zijn.¹⁰⁸ Regulering van de prijzen die eindgebruikers betalen, komt daarom pas aan de orde wanneer de marktwerking niet op een andere manier kan worden bevorderd. OPTA is bevoegd al deze verplichtingen te handhaven door middel van het toepassen van bestuursdwang, het opleggen van een dwangsom of het opleggen van een bestuurlijke boete.¹⁰⁹

Ook hier geldt weer dat zowel het bepalen van de relevante markt, als het vaststellen van marktmacht als het opleggen van een verplichting een besluit is in de zin van de Awb. Het CBb is in eerste en enige aanleg bevoegd.¹¹⁰

8.7.4 Geschillenbeslechting

Op grond van hoofdstuk 12 van de Telecommunicatiewet zijn er drie verschillende soorten geschillenregelingen die nu zullen worden besproken. Ten eerste is er geschilbeslechting door een geschillencommissie. Op grond hiervan moeten aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken die zijn aangewezen bij AMvB zich bij een door de minister van Justitie erkende geschillencommissie aansluiten.¹¹¹ De kabelsector is hertoe niet aangewezen.¹¹²

Geschillen tussen marktpartijen (niet consumenten, maar aanbieders en ondernemingen) kunnen daarnaast op aanvraag van een marktpartij door de OPTA worden beslecht.¹¹³ Het beslechten van geschillen kan vorm krijgen in het opleggen van voorschriften aan een marktpartij.¹¹⁴ De besluiten die het college neemt op aanvraag van een marktpartij zijn besluiten in de zin van de Awb. Daartegen staat derhalve bezwaar en beroep open.¹¹⁵ De partijen bij

¹⁰⁵ Art. 6a.2 lid 2 onder b Tw.

¹⁰⁶ Art. 6a.12 Tw.

¹⁰⁷ Art. 6a.13 en 6a.14 Tw.

¹⁰⁸ Art. 8 lid 4 Toegangsrichtlijn.

¹⁰⁹ Art. 15.1 lid 3 j° 15.2 lid 2 j° 5:32 Awb en art. 15.4 lid 2 Tw.

¹¹⁰ Art. 17.1 Tw.

¹¹¹ Art. 12.1 Tw.

¹¹² De kabelexploitanten worden niet bij algemene maatregel van bestuur aangewezen zoals in art. 12.1 Tw wordt bepaald. Deze geschillenregeling geldt alleen voor aanbieders van een openbare telefoondienst (art. 12.1 Tw) semafoondiensten, telexdiensten en carrierdiensten (Art. 3.4 Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen) *Stb.* 2004, 203, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2010, 174).

¹¹³ Art. 20 Kaderrichtlijn en art. 12.2 Tw.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 2, p. 166.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 2, p. 166, in overeenstemming met CBB 3 december 2003, *AB* 2004, 189, r.o. 6.2, waarin het College op grond van de oude geschilbeslechting van art. 8.7 Telecommunicatiewet een bindende aanwijzing kwalificeerde als een besluit in de zin van de Awb en uitdrukkelijk niet als arbitrage.

het geschil zijn verplicht mee te werken aan de geschilprocedure¹¹⁶ en het besluit van het college na te leven.¹¹⁷ Bij niet-nakoming van deze verplichtingen is OPTA bevoegd om bestuursdwang toe te passen, een dwangsom op te leggen en een bestuurlijke boete (tot max. € 450.000,-) op te leggen.¹¹⁸ Partijen kunnen de geschilprocedure wel afbreken waarna het college onbevoegd is om tot beslechting over te gaan.¹¹⁹

OPTA is ook bevoegd om geschillen te beslechten tussen consumenten en aanbieders van diensten of kabelexploitanten waar deze ondernemingen regels schenden die bij of krachtens de Telecommunicatiewet zijn gesteld ter uitvoering van de Universele dienstrichtlijn. Deze richtlijn is in zoverre op de kabelsector van toepassing dat daarin wordt geregeld dat lidstaten aan kabelexploitanten een *must-carry* verplichting mogen opleggen.¹²⁰ Indien de kabelaanbieders deze verplichting schenden, kunnen consumenten derhalve hun geschil aan OPTA voorleggen.

8.7.5 Inlichtingen vorderen

Zowel de minister van EZ als OPTA kunnen van een ieder en te allen tijde inlichtingen vorderen die zij nodig hebben voor de juiste uitvoering van hun taken op grond van de Telecommunicatiewet.¹²¹ Ook in dit geval geldt voor degene tot wie de vordering zich richt dat deze verplicht is om mee te werken.¹²² Ter handhaving van deze bepalingen kunnen de minister en OPTA bestuursdwang toepassen, een dwangsom opleggen en/of een bestuurlijke boete opleggen.¹²³

8.7.6 Aanwijzing in bijzondere omstandigheden

De minister van EZ kan een aanwijzing geven in bijzondere omstandigheden.¹²⁴ Hij kan aanwijzingen geven met betrekking tot de instandhouding en exploitatie van (kabel)netwerken en het verzorgen en gebruiken van hun diensten. Dit kan alleen als dit noodzakelijk is om een strafbare gedraging te beëindigen of in het belang van de veiligheid van de staat. De minister van EZ overlegt voordat hij een aanwijzing geeft met de minister van Justitie of de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De onderneming is wederom verplicht hieraan mee te werken.¹²⁵ De minister kan ter handhaving hiervan bestuursdwang inzetten, een dwangsom opleggen en/of een bestuurlijke boete opleggen.¹²⁶

¹¹⁶ Art. 12.4 Tw.

¹¹⁷ Art. 12.6 Tw.

¹¹⁸ Art. 15.1 lid 3 j° 15.2 lid 2 Tw.

¹¹⁹ Art. 12.3 Tw.

¹²⁰ At. 31 Universeledienstrichtlijn.

¹²¹ Art. 18.7 Tw.

¹²² Art. 18.7 lid 5 Tw.

¹²³ Art. 15.1 lid 1 sub h en lid 2 j° art. 15.2 lid 1 en 2 Tw j° art. 5:32 Awb en art. 15.4 lid 1 en 4 Tw.

¹²⁴ Art. 18.9 Tw.

¹²⁵ Art. 18.9 lid 4 Tw.

¹²⁶ Art. 15.1 lid 1 sub h j° 15.2 lid 1 Tw j° 5:32 Awb en art. 15.4 lid 1 Tw.

8.7.7 Verbod aanbieden netwerken of diensten

De minister van EZ en OPTA zijn bevoegd om bij ernstig en vaker niet nakomen van verplichtingen die zij moeten handhaven voor een bepaalde termijn een aanbieder te verbieden nog langer zijn netwerk aan te bieden.¹²⁷ Dit is een uiterste maatregel. Gelet op de eisen die worden gesteld alvorens een verbod mag worden opgelegd is het mijns inziens onwaarschijnlijk dat het verbod zal worden opgelegd aan een kabelexploitant. Reeds omdat als eis wordt gesteld dat het verbod niet mag leiden tot het niet na kunnen komen door de onderneming van een bij of krachtens de wet opgelegde leveringsplicht, is het niet aannemelijk dat het een kabelexploitant zal worden verboden zijn netwerk aan te bieden. Dan kan hij immers zijn wettelijke verplichting om het standaardpakket te leveren niet nakomen.

8.7.8 Must carry-verplichting

Kabelbedrijven zijn op grond van de Mediawet verplicht om bepaalde zenders, de zogenaamde *must-carry* zenders, door te geven aan de consumenten. Deze verplichting wordt gehandhaafd door het Commissariaat door het opleggen van een last onder dwangsom aan de betrokken onderneming.¹²⁸

8.7.9 Advies programmaraad

Programmaraden brengen een zwaarwegend advies uit over de kanalen die worden doorgegeven naast het standaardpakket. Dit advies moet leiden tot een pluriform pakket. Het advies moet worden gevolgd door de kabelexploitant tenzij zwaarwichtige redenen zich daartegen verzetten.¹²⁹ Zoals hiervoor bleek moet het dan gaan om het financieel in gevaar komen van de onderneming als het advies zou worden gevolgd of het feitelijk of juridisch niet kunnen voldoen aan het advies. Deze bepaling wordt gehandhaafd door het Commissariaat door het opleggen van een last onder dwangsom aan de betrokken onderneming.¹³⁰

8.7.10 Slotsom

In de kabelsector is concurrentie het uitgangspunt en het reguleren door de marktautoriteit de uitzondering. Pas als sprake is van onvoldoende concurrentie en van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht, mag door OPTA van deze ondernemingen toegang tot het netwerk worden afgedwongen. Hierbij kunnen flankerende verplichtingen worden opgelegd. Pas als dit onvoldoende toereikend is om de concurrentie te bevorderen, mag OPTA ingrijpen door regulering op de eindgebruikersmarkt, zoals het ingrijpen in de consumententarieven.

Er geldt geen vergunningensysteem en er is geen sprake van sturing door middel van publiek aandeelhouderschap. Er is wel een aantal verschillende instrumenten waarmee *kan* worden ingegrepen wanneer sprake blijkt te zijn van aanmerkelijke marktmacht, waarmee uiteindelijk zelfs de eindgebruikstarieven kunnen worden gereguleerd. De focus in deze sector ligt op concurrentie. Als blijkt dat deze onvoldoende tot stand komt, dan kan worden

¹²⁷ Art. 15.2 a Tw.

¹²⁸ Art. 6.13 jº 7.12 lid 3 Mediawet.

¹²⁹ Art. 6.20 lid 2 Mediawet.

¹³⁰ Art. 6.20 lid 2 jº 7.13 lid 2 Mediawet.

ingegrepen. De Commissie bewaakt dat van deze instrumenten niet te snel gebruik wordt gemaakt.

Omdat het uitgangspunt in deze sector concurrentie is, ligt het voor de hand dat er niet teveel instrumenten zijn. De vraag is echter of het er genoeg zijn om de publieke belangen te bereiken. De betrokken publieke belangen zijn: (i) een lage prijs voor een goede kwaliteit, (ii) toegankelijkheid, (iii) een pluriform aanbod, (iv) bescherming van de consument tegen machtsmisbruik door de kabelexploitant en (v) voldoende keuzevrijheid voor de afnemer. Concurrentie zou zorgen voor al deze publieke belangen.

Inmiddels is gebleken dat concurrentie onvoldoende tot stand is gekomen. OPTA doet nu nog een poging om concurrentie tot stand te brengen door middel van ingrijpen op de groothandelsmarkt. Mocht ook dit niet leiden tot de gewenste concurrentie, dan kan OPTA ingrijpen op de eindgebruikersmarkt (8.7.3). Hiertoe hoort ook de bevoegdheid om in te grijpen in de tarieven. De instrumenten die OPTA in handen heeft, leveren grip op de betrokken publieke belangen: prijs en toegankelijkheid. Deze kunnen immers door OPTA worden afgedwongen. Het ingrijpen is beperkt democratisch gelegitimeerd omdat OPTA onder beperkte politieke verantwoordelijkheid functioneert, maar de betrokken ondernemingen kunnen wel in bezwaar en beroep tegen de besluiten van OPTA. Het beschermen van de consument tegen machtsmisbruik door de kabelexploitant kan op meerdere manieren worden geborgd. In individuele gevallen zal de consument zelf naar de rechter of naar een geschillencommissie kunnen stappen. Door middel van het zwaarwegende advies van de programmaraad wordt het publiek belang van het pluriforme aanbod bewaakt. Gelet op het feit dat tot dusver onvoldoende concurrentie tot stand komt, is de afschaffing van dit instituut mijns inziens nog niet aangewezen. Als concurrentie niet tot stand komt, zal uiteindelijk het publieke belang van keuzevrijheid voor de consument niet kunnen worden geborgd.

8.8 Conclusies

8.8.1 Inleiding

De vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is in hoeverre de beschikbare instrumenten op de gereguleerde markt in de betrokken nutssector de overheid in staat stellen om in te grijpen om publieke belangen te borgen binnen de grenzen van het EU-recht. De geschiedenis van deze sector is een bijzondere. 'De kabel' is aangelegd door gemeenten in de jaren zeventig van de vorige eeuw. Vanaf de jaren negentig is de kabelexploitatie geprivatiseerd. De sector is niet door particulier maar door publiek initiatief ontstaan. Dit is een unieke situatie in Europa, aangezien Nederland het enige land is met zo'n hoge dichtheid aan kabelaansluitingen.

8.8.2 EU-recht

De EG-wetgever heeft voor deze sector al veel bepaald voor de nationale wetgever. Over fundamentele keuzes in de economische ordening van de sector valt op nationaal niveau weinig meer te kiezen. Op nationaal niveau wordt veel aan OPTA overgelaten. Zeer fundamentele reguleringskeuzes overlegt OPTA rechtstreeks met de Europese Commissie. Dit is opmerkelijk omdat OPTA een zelfstandig bestuursorgaan is dat niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid functioneert, maar wel vergaande bevoegdheden heeft.

8.8.3 Concurrentiemodaliteit beoordeeld

De fundamentele beslissing welke vorm van concurrentie het meest geschikt is in de kabel-sector is op Europees niveau genomen. In beginsel moet concurrentie tussen marktsegmenten plaatsvinden, maar als dit niet werkt, kan concurrentie op de markt plaatsvinden, waarmee wordt ingegrepen op de groothandelsmarkt. Pas als dit op zijn beurt weer ontoereikend blijkt, kan ook worden ingegrepen in de consumentenmarkt. Hieruit rijst sterk het beeld dat concurrentie het eerste doel is, maar wanneer dit niet tot stand komt en eindgebruikersbelangen daarmee niet worden gediend, regulering gerechtvaardigd is. Hoewel concurrentie om de markt en benchmarking tot de mogelijkheden behoren, zijn zij op grond van het EU-recht niet toegestaan.

8.8.4 Instrumenten & publieke belangen

De doelen van de economische ordening van de sector zijn op EU-niveau vastgelegd. De publieke belangen zijn niet als zodanig geëxpliciteerd en ook is geen prioriteitenstelling aangegeven tussen tegenstrijdige publieke belangen. Uit parlementaire geschiedenis kon worden afgeleid dat de belangrijkste publieke belangen (i) een lage prijs voor een goede kwaliteit, (ii) toegankelijkheid, (iii) een pluriform aanbod, (iv) bescherming van de consument tegen machtsmisbruik door de kabelexploitant en (v) voldoende keuzevrijheid voor de afnemer zijn.

De instrumenten die OPTA in handen heeft, leveren grip op de betrokken publieke belangen: prijs en toegankelijkheid. Deze kunnen immers door OPTA worden afgedwongen. Het ingrijpen is beperkt democratisch gelegitimeerd, maar de betrokken ondernemingen kunnen wel in bezwaar en beroep tegen de besluiten van OPTA. Het beschermen van de consument tegen machtsmisbruik door de kabelexploitant kan op meerdere manieren worden geborgd. In individuele gevallen zal de consument zelf naar de rechter of naar een geschillen-

commissie kunnen stappen. Door middel van het zwaarwegende advies van de programma-raad wordt het publiek belang van het pluriforme aanbod bewaakt. Verder heeft de minister van EZ de bevoegdheid om vergaand in te grijpen, indien zich een ernstige situatie voordoet. Hij kan een bijzondere aanwijzing geven als sprake is van een strafbare gedraging en zelfs een verbod tot het aanbieden van netwerken en diensten uitvaardigen. Het is onwaarschijnlijk dat het verbod in de kabelsector zal worden ingezet.

8.8.5 Terugkerend voorbeeld: tarieven

Voor het borgen van het publieke belang van lage tarieven kan worden geconcludeerd dat OPTA in de kabelsector de instrumenten heeft om, indien nodig, de tarieven op zowel de groothandelsmarkt als op de eindgebruikersmarkt volledig te bepalen. Dit betekent dat de OPTA en de Europese Commissie op dit punt, wanneer dat nodig is, vergaande invloed hebben in de sector. Het handelen van OPTA is echter niet volledig democratisch gelegitimeerd. Dit betekent dat de minister niet op verzoek van de Tweede Kamer op deze wijze zou kunnen ingrijpen in de sector. Dit verkleint de grip van de minister en de Tweede Kamer, maar heeft als voordeel dat geen politieke argumenten de doorslag zullen geven voor het ingrijpen, maar specialistische en deskundige argumenten.

8.8.6 Slotsom

Kortom: het motto in de kabelsector luidt 'concurrentie, tenzij...'. En als deze tenzij zich voordoet omdat de concurrentie niet tot stand komt, dan heeft de overheid voldoende instrumenten om de betrokken publieke belangen te borgen.

DEEL III: CONCLUSIES, AFWEGINGSKADER & SAMENVATTING

9. CONCLUSIES EN SAMENVATTING

9.1 Inleiding

In de Inleiding van dit boek werd naar voren gebracht dat de omvang van de publieke taak op gereguleerde markten in nutssectoren in de loop van de geschiedenis is toe- en afgenomen. De liberalisering en privatisering heeft aan de omvang en inhoud van de publieke taak nieuwe eisen gesteld. Gelet op de spanning tussen markt- en overheidsmechanisme in deze sectoren was een herbezinning op de publieke taak noodzakelijk. Dit onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan deze herbezinning.

De centrale probleemstelling van deze studie luidt: 'wat zijn de voorwaarden voor en beperkingen aan het reguleren van markten in nutssectoren met het oogmerk om publieke belangen te borgen vanuit het perspectief van de nationale wetgever, gegeven belangrijke grenzen die het recht van de Europese Unie daaraan stelt?' Op deze probleemstelling wordt in dit hoofdstuk ingegaan.

De probleemstelling is uitgewerkt in een aantal deelvragen. Ten eerste is de vraag beantwoord welke ruimte de nationale wetgever heeft om een eigen afweging te maken over het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Dit is de vraag naar de grenzen die voortvloeien uit het primaire en secundaire EU-recht. Om deze vraag te beantwoorden is het relevante EU-recht geanalyseerd. Terwijl de sectorspecifieke EG-regels in de onderscheidenlijke sectorhoofdstukken zijn beschreven en geanalyseerd, zijn in hoofdstuk 2 de regels inzake het vrij verkeer, het mededingingsrecht en het staatssteunrecht besproken.

De tweede vraag die is beantwoord, is met welke aspecten rekening moet worden gehouden bij het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Om deze vraag te beantwoorden is nader onderzocht wat onder regulering moet worden verstaan, van welke regimeveranderingen nutssectoren de afgelopen tijd voorwerp zijn geweest, wat een sector tot nutssector maakt en welke motieven er zijn om nutssectoren te reguleren. Ook wordt onderzocht voor welke verschillende concurrentiemodaliteiten de nationale wetgever kan kiezen. Hierbij wordt ook het fenomeen publiek belang beschreven en vastgesteld welke eigenschappen dit heeft. Hierbij wordt betrokken op welk niveau en door welke partij publieke belangen worden geïdentificeerd en afgewogen. In het verlengde hiervan wordt ten slotte beoordeeld, op basis van de eigenschappen van publieke belangen in relatie tot de rol die zij spelen in nutssectoren waarin voor marktwerking is gekozen, aan welke voorwaarden het reguleringsinstrumentarium zou moeten voldoen.

De derde deelvraag die is beantwoord, is wat van bepaalde instrumenten kan worden verwacht bij het reguleren van markten in nutssectoren. Hiertoe wordt een aantal instrumenten besproken dat een belangrijke rol kan spelen bij de regulering van nutssectoren. Dit zijn sturende wetgeving, tariefregulering, informatieverstrekking en openbaarmaking, concessie en vergunning en publiek aandeelhouderschap. Er is voor deze instrumenten gekozen omdat zij een belangrijke rol spelen bij het ingrijpen in of het vervangen van het marktproces van vraag en aanbod. Hierbij zijn twee aandachtspunten. Ten eerste is de aard van het betrokken instrument geanalyseerd waarbij van belang is welk type instrument het betreft en in hoeverre het de overheid in staat stelt om in te grijpen als daartoe aanleiding bestaat. Ten tweede is bezien hoe het instrument zich verhoudt met de aanwezigheid van concurrentie. Daarbij wordt nagegaan in hoeverre een instrument als marktversturend kan worden beschouwd en hoe het bij de afzonderlijke concurrentiemodaliteiten moet of kan worden ingezet.

In een studie over het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren kan een blik in een aantal van deze sectoren zelf niet ontbreken. In de sectorhoofdstukken zijn vier sectoren afzonderlijk onderzocht. Dit zijn de drinkwatersector, de elektriciteitssector, het stads- en streekvervoer en de kabelsector. In de conclusies die de vier hoofdstukken gezamenlijk beslaan, komen vragen aan de orde die de keuzes van de wetgever in de verschillende sectoren vergelijkt.

Door middel van beschrijving en analyse van verschillende sectoren wordt op zoek gegaan naar het antwoord op de vraag in hoeverre de nationale wetgever consistent en consequent omgaat met het borgen van publieke belangen in nutssectoren. Hiertoe wordt besproken (i) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn in de geschiedenis van deze sectoren gericht op de verhouding tussen overheid en markt, (ii) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn in de ruimte die het EU-recht de nationale wetgever biedt, (iii) welke publieke belangen kunnen worden aangewezen, in hoeverre deze worden geëxpliciteerd en of hiertussen een prioriteitenstelling wordt aangebracht, (iv) welke motivering wordt gehanteerd van de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, (v) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn bij de keuze voor bepaalde partijen en voor bepaalde instrumenten door de nationale wetgever en (vi) of er overeenkomsten en verschillen zijn in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en markt. Uiteindelijk wordt de vraag beantwoord welke invloed de nationale wetgever en het nationale openbaar bestuur hebben bij het borgen van publieke belangen in deze vier sectoren.

Hierna worden eerst de conclusies van de hoofdstukken 2 tot en met 4 achtereenvolgens gepresenteerd (9.2). Daarna wordt ingegaan op de conclusies van de sectorhoofdstukken 5 tot en met 8, waarbij de keuzes van de wetgever in deze sectoren met elkaar worden vergeleken (9.3). Ten slotte wordt het afwegingskader gepresenteerd, dat is gebaseerd op de hoofdstukken 2 tot en met 4 (9.4). Het afwegingskader wordt vervolgens toegepast op de onderzochte sectoren, waarna op basis hiervan sectorspecifieke aanbevelingen worden geformuleerd (9.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting van het onderzoek in het Engels (9.6).

9.2 Conclusies algemene hoofdstukken

9.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de conclusies van de hoofdstukken 2 tot en met 4 gepresenteerd. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op het EU-recht (9.2.2), de aspecten waarmee rekening moet worden gehouden bij het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren (9.2.3) en wat van bepaalde instrumenten kan worden verwacht bij het reguleren van markten in nutssectoren (9.2.4).

9.2.2 Europeesrechtelijke grenzen aan regulering nutssectoren

In het tweede hoofdstuk van dit deel is het relevante primaire EU-recht beschreven, geanalyseerd en geïnterpreteerd om te kunnen beoordelen in hoeverre de nationale wetgever vrij is om eigen afwegingen te maken over de regulering van nutssectoren. In de inleiding kwam aan de orde dat er drie manieren zijn om om te gaan met de spanning tussen markt en bescherming van de consumenten: (i) het EU-recht kan in bepaalde gevallen volledige soevereiniteit aan de lidstaten toekennen, (ii) het EU-recht kan bepalen dat het in bepaalde sectoren van toepassing is maar dat daarop uitzonderingen mogelijk zijn en (iii) het EU-recht kan zelf met sectorale oplossingen komen door secundaire wetgeving tot stand te brengen.

Bij de bespreking van het EU-recht bleek allereerst dat het van belang was een onderscheid te maken tussen diensten van algemeen niet-economisch belang (DANEB), diensten van algemeen economisch belang (DAEB) en 'gewone' diensten in verband met de verschillende regelcomplexen die op deze verschillende soorten diensten van toepassing zijn. Uit de analyse van deze begrippen kwam naar voren dat het meest heldere onderscheid tussen DANEB en DAEB is om aan te sluiten bij het begrip 'onderneming'. Ondernemingen verrichten DAEB en niet-ondernemingen DANEB. Het vaststellen of een dienst een DAEB is en daarmee derhalve geen 'gewone' dienst, is een discretionaire bevoegdheid van de lidstaten, waarbij het Hof corrigeert voor '*manifest errors*'. Het Hof heeft inmiddels bepaald dat bepaalde diensten die worden verricht in nutssectoren kunnen worden aangemerkt als DAEB.

Vervolgens werd ingegaan op de betekenis van de regels van het vrij verkeer voor de vrijheid van de nationale wetgever bij het reguleren van nutssectoren. De vraag luidde: in hoeverre is de nationale wetgever beperkt in zijn vrijheid door de regels van het vrij verkeer om zelf keuzes te maken terzake van de regulering van deze sectoren? De hier besproken vrijheden – van diensten, goederen en kapitaal – houden allemaal een verbodstelsel in waarop onder voorwaarden uitzonderingen mogelijk zijn. Dit betekent dat een beperking van het vrije verkeer verboden is, tenzij een uitzondering opgaat. In het algemeen kan gesteld worden dat deze uitzonderingen nooit kunnen worden gerechtvaardigd door economische doelen, maar uitsluitend eventueel door het algemeen belang. Dit betekent dat het EU-recht inzake de vrijheden een flexibel karakter kent ten aanzien van het borgen van publieke belangen in die zin dat het algemeen belang een gerechtvaardigde uitzondering kan vormen op het verbod op belemmeringen van de interne markt. Het Hof past, indien een gerechtvaardigd algemeen belang wordt aangenomen, een relatief strenge proportionaliteitstest toe. Dit betekent dat het Hof nauwgezet analyseert in hoeverre ook op een andere, minder ingrijpende, wijze had kunnen worden ingegrepen door de lidstaat. Op deze test ga ik hierna uitgebreider in.

Daarna werd het mededingingsrecht, en met name artikel 106 VWEU dat een uitzondering op dit mededingingsrecht mogelijk maakt, besproken. Om te bepalen of het mededingingsrecht van toepassing is, bleek het ondernemingsbegrip cruciaal. Dit begrip wordt door het Hof van Justitie functioneel uitgelegd aan de hand van het begrip 'economische activiteit'. Deze uitleg maakt het mogelijk dat lidstaten door de wijze van organisatie van een nutssector zouden kunnen ontkomen aan het mededingingsrecht. Hiertoe moet de levering van de dienst dan – kort gezegd – zijn gestoeld op het solidariteitsbeginsel en niet op winst zijn gericht. Voor veel diensten die in nutssectoren worden geleverd, geldt dat zij niet op een dergelijke wijze zijn georganiseerd en het mededingingsrecht daarop derhalve in beginsel van toepassing is. Artikel 106, eerste lid, VWEU bepaalt dat het mededingingsrecht van toepassing is op publieke ondernemingen en ondernemingen waaraan bijzondere of exclusieve rechten zijn toegekend. Het verlenen van een exclusief recht bleek uitsluitend eventueel verenigbaar met het EU-recht wanneer sprake was van het leveren van diensten van algemeen economisch belang.

Om een geslaagd beroep te doen op de uitzondering van artikel 106, tweede lid VWEU, moet sprake zijn van een onderneming die belast is met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, waarbij de toepassing van de mededingingsregels de toevertrouwde taak zouden verhinderen. Bovendien gaat de uitzondering niet op wanneer de ontwikkelingen in het handelsverkeer van de EG worden geschaad. Het is van belang dat een uitdrukkelijke overheidshandeling plaatsvindt waarbij de onderneming wordt belast met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang. Daarnaast past het Hof van Justitie een zogenaamde proportionaliteitstest toe om te beoordelen of de mededingingsregels de toevertrouwde taak verhinderen. Deze test heeft zich in de loop van de tijd van zeer streng naar iets soepeler ontwikkeld.

Ten slotte werd geconcludeerd dat de ruimte van de nationale wetgever om zelf keuzes te maken bij de regulering van de besproken nutssectoren afhankelijk is van de verschillende proportionaliteitstoetsen die het Hof hanteert. De toets die het Hof hanteert bij het vrij verkeer is een zogenaamde *least restrictive means-test*. Dit is een zeer strenge toets, waarbij de lidstaat moet aantonen dat er geen ander, minder beperkend, middel mogelijk is om het betrokken algemeen belang te bereiken. In het mededingingsrecht geldt voor DAEB onder artikel 106, tweede lid, VWEU ook een proportionaliteitstoets. De jurisprudentie waarin het Hof en het Gerecht deze toets toepassen is niet eenduidig. In de literatuur lopen de meningen sterk uiteen over de vraag welke toets het Hof precies hanteert. Het is hierom onduidelijk waaraan de lidstaten moeten voldoen om deze toets te doorstaan. De toekomst zal moeten uitwijzen waar de grenzen van de nationale wetgever liggen bij het maken van keuzes voor de regulering van nutssectoren. Hierbij zal de ontwikkeling die de EG op politiek niveau lijkt door te maken, waarin steeds meer aandacht komt voor een Sociaal Europa, ook een rol spelen. Op basis hiervan wordt verwacht dat de insteek dat de lidstaten de vrijheid hebben om gelet op culturele verschillen zelf een invulling te geven aan het reguleren van diensten van algemeen economisch belang, ook bij het Hof weerklank zal vinden.

9.2.3 Publieke belangen en concurrentie in nutssectoren

In het derde hoofdstuk is ingegaan op een aantal begrippen en concepten die een rol spelen bij de regulering van markten in nutssectoren. Er bleek behoefte te bestaan aan verheldering van deze begrippen die de institutionele ontwikkelingen uitdrukken waarvan nutssectoren de afgelopen decennia voorwerp zijn geweest en nog steeds zijn. Enerzijds werden in dit hoofd-

stuk daarom begrippen verhelderd, anderzijds werd gekomen tot een antwoord op de vraag op welke wijze instrumenten zouden moeten worden ingezet om publieke belangen te borgen. Cruciaal hierbij bleek door wie en op welk niveau publieke belangen tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen. Een van de kenmerken van de besproken institutionele ontwikkelingen is dat dat dit niet langer volledig door de overheid gebeurt.

Na een analyse van de Angelsaksische literatuur een definitie van het begrip 'regulering' vastgesteld. In dit onderzoek wordt onder regulering begrepen: een bestendige en gerichte controle door de overheid over economische activiteiten die van grote betekenis zijn voor de samenleving.

Daarna werd ingegaan op de veranderende regimes in nutssectoren, te weten privatisering, liberalisering, commercialisering, internationalisering en ontvlechting. Privatisering is het verkopen van de aandelen in een vennootschap of van alle activa en passiva van een overheidsbedrijf of overheidsdienst. Pas dan kan van daadwerkelijke privatisering worden gesproken. De privaatrechtelijke vormgeving op zichzelf is derhalve niet doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of sprake is van privatisering. Vervolgens werd ingegaan op liberalisering. Dit bleek een paraplubegrip, want liberalisering kan, anders dan privatisering, op verschillende manieren plaatsvinden, afhankelijk van de uitgangspunten in een sector. Naar voren kwam dat liberalisering en privatisering in de praktijk vaak hand in hand gaan, maar dat dit – anders dan Stout suggereert – naar mijn mening geen noodzakelijk verband is. Wel bestaat een belangrijke correlatie tussen privatisering en liberalisering. Hierbij springt in het oog dat belangrijke beslissingen inzake liberalisering worden genomen op EG-niveau, terwijl privatisering in beginsel een zaak is van de nationale wetgever. De beslissingen die op EG-niveau worden genomen, hebben derhalve – gelet op voornoemde correlatie – consequenties voor privatiseringsbeslissingen op nationaal niveau.

Voorts werd nog een aantal andere regimeveranderingen in de nutssectoren kort besproken, te weten commercialisering, internationalisering en ontvlechting. Geconcludeerd werd dat een aantal van de regimeveranderingen, in het bijzonder privatisering en liberalisering, als consequentie heeft dat de sectoren op een fundamenteel andere wijze moeten worden gereguleerd dan voorheen. Door het streven naar meer marktwerking en waar mogelijk naar minder rechtstreekse overheidsbemoeienis, moeten de instrumenten op zodanige wijze worden ingezet dat ze eerder faciliterend zijn dan centraal aansturend. Daarnaast moeten de instrumenten open staan voor verschillende uitkomsten, die na liberalisering immers voor een deel door de markt worden bepaald. Aangezien de wetgever een bepaald doel wil bereiken en daarom moet kunnen garanderen, moet niettemin door de overheid kunnen worden ingegrepen als de marktwerking leidt tot een (politiek) onaanvaardbare uitkomst. Dit vraagt om een inzet van instrumenten die rekening houdt met een precaire balans tussen vrijheid en grip van de overheid, tussen flexibiliteit en de mogelijkheid voor de overheid om de uitkomst te bepalen, indien de uitkomst die de markt biedt onaanvaardbaar is.

Het begrip nutssectoren werd omschreven aan de hand van het begrip 'nutsdiensten'. Als belangrijkste kenmerken van nutsdiensten werden genoemd het nut dat zij hebben voor burgers én voor de maatschappij als geheel en het kenmerk van levering door middel van een infrastructuur. Er bleek vanuit juridisch perspectief geen scherpe omlijning te geven van het begrip nutssectoren. Het kenmerk dat de diensten algemeen nut hebben en dat daarom regulering gerechtvaardigd is, wordt vanuit juridisch perspectief door de wetgever bepaald. Het feit dat de diensten worden geleverd door middel van een infrastructuur en niet makkelijk substitueerbaar zijn, kan veranderen onder invloed van technologische ontwikkelingen. Aan-

gezien het ook niet het doel van dit onderzoek is om tot die omlijning te komen, wordt gewerkt met een open groep nutssectoren.

De motieven om nutssectoren te reguleren bleken zowel politiek als economisch van aard te kunnen zijn. De politiek-ideologische motieven om nutsdiensten te reguleren konden worden samengevat als distributieve rechtvaardigheid en paternalisme. De economische motieven zijn het bestaan van een natuurlijk monopolie, informatie-asymmetrie, negatieve externe effecten en collectieve goederen. Gebleken is dat meer dan in andere sectoren in nutssectoren sprake is van natuurlijke monopolies, hetgeen om een andere regulering vraagt dan in andere sectoren. Als een nutssector wordt geliberaliseerd of geprivatiseerd (of beiden) is het van belang dat het monopolie ofwel wordt gebroken ofwel goed wordt gereguleerd.

In deze studie is het begrip 'publiek belang' een centraal begrip. De WRR-definitie van publieke belangen wordt hier gevolgd.. Alle belangen waarvoor de overheid zich verantwoordelijk acht en daarmee alle doelen waarop de wetgever zich richt, kunnen worden gekwalificeerd als publieke belangen. De vraag in hoeverre deze publieke belangen met behulp van overheidsbemoeienis zouden moeten worden geborgd, verandert de aard van het belang niet, hooguit de instrumenten waarmee de borging ervan wordt vormgegeven.

De kenmerken van deze publieke belangen stellen de overheid voor een aantal uitdagingen. In de bestuurskundige literatuur is het karakter van publieke belangen in verschillende bewoordingen gekwalificeerd als: veranderlijk in de tijd en onderling tegenstrijdig. Deze veranderlijkheid in de tijd betekent dat publieke belangen zich niet altijd en allemaal voor vastlegging of codificatie lenen. In de sectorhoofdstukken van deze studie wordt duidelijk dat dit dan ook vaak niet gebeurt, of op abstracte wijze plaatsvindt. De onderlinge tegenstrijdigheid van publieke belangen die ieder ook weer veranderlijk in de tijd zijn, vraagt om afweging van de publieke belangen tegen elkaar. Het verdraagt zich echter niet met het karakter van publieke belangen om op voorhand de exacte zwaarte van publieke belangen vast te leggen of om een prioritering of rangorde aan te brengen. Dit betekent dat bij het reguleren van nutssectoren, waar marktwerking aan de orde van de dag is, goed moet worden gezien door wie en hoe publieke belangen in de praktijk worden geïdentificeerd en tegen elkaar worden afgewogen. Dit zou een belangrijk onderdeel moeten zijn van de beslissing over de wijze van regulering van een sector. In bepaalde gevallen zal deze afweging op een zo laag mogelijk niveau moeten plaatsvinden en in andere gevallen is een afweging op een hoger niveau mogelijk. Als dit ook als zodanig wordt geëxpliciteerd in de toelichting bij wetgeving, is een goed uitgangspunt aanwezig voor het doen van een zinvolle evaluatie, waarbij snel duidelijk kan worden waar eventuele problemen zich voordoen. Bovendien kan hiermee vastgesteld worden welke rol voor de overheid is weggelegd en in hoeverre de overheid zich verantwoordelijk voelt voor het borgen van de betrokken publieke belangen.

In nutssectoren speelt een aantal publieke belangen een hoofdrol. Na een bespreking van de door het toenmalige kabinet in 2000 geformuleerde publieke belangen, is voor deze studie gekozen voor de volgende publieke belangen: (i) leveringszekerheid en continuïteit, (ii) bescherming van de gebonden consument, (iii) universele dienstverlening, (iv) kwaliteit, milieu en volksgezondheid, en (v) efficiëntie. Deze publieke belangen moeten in de praktijk van de nutssectoren tegen elkaar worden afgewogen. Een volledige leveringszekerheid en de beste kwaliteit moeten worden afgewogen tegen efficiëntie omdat niet al deze publieke belangen honderd procent geborgd kunnen worden.

Verschillende partijen staan centraal in de verschillende nutssectoren. Ten eerste de overheid, ten tweede de ondernemingen en ten derde de consumenten. Het is van belang te onderzoeken welke partijen publieke belangen identificeren en tegen elkaar afwegen. Duide-

lijk werd dat uit de keuze van de wetgever voor bepaalde partijen consequenties voortvloeien voor de mate waarin de publieke belangenafweging door de politiek kan worden beïnvloed en getoetst. Daarnaast kwam naar voren dat als consumenten een belangrijke rol spelen in het afwegen van publieke belangen zij ten eerste over betrouwbare en overzichtelijke informatie zouden moeten beschikken en dat zij ten tweede niet altijd verondersteld kunnen worden rationeel te reageren op deze informatie.

In nutssectoren bleken verschillende concurrentiemodaliteiten te kunnen worden ingezet. Als vertrekpunt wordt hiervoor een kabinetsnota gehanteerd waarin een indeling van concurrentiemodaliteiten wordt gepresenteerd. Deze indeling wordt gevolgd daar deze in de economische literatuur breed wordt onderschreven. De door het kabinet gehanteerde voorkeursvolgorde wordt hier niet onderschreven. De eerste concurrentiemodaliteit is concurrentie tussen marktsegmenten. Hierbij is de consument de sturende partij. Door keuzes van de consumenten bepalen zij de uitkomst van het marktproces. In het algemeen kan worden gezegd dat bij deze vorm van concurrentie relatief weinig overheidsingrijpen vereist is. De tweede concurrentiemodaliteit is concurrentie op de markt. Hierbij moeten voor de regulering de toegang tot de markt, de infrastructuur, en de levering van de betrokken dienst aan de consumenten van elkaar worden onderscheiden. Inzake de toegang tot de infrastructuur is de overheid de sturende partij. Op de leveringsmarkt zijn dat de consumenten. De derde concurrentiemodaliteit is concurrentie om de markt. Hierbij strijden ondernemingen om een tijdelijk monopolie te verkrijgen in een bepaald gebied. De overheid bepaalt de vraag volledig en zij is derhalve de sturende partij. Ten vierde is er de prestatievergelijking. Deze variant is aangewezen in sectoren waar concurrentie niet mogelijk is en derhalve sprake is van één of meer monopolies. De prestatievergelijking kan al dan niet worden voorzien van een afrekenmechanisme. Hier wordt de stelling ingenomen dat wanneer geen sprake is van een afrekenmechanisme verbonden aan de prestatievergelijking, niet zou moeten worden gesproken van een concurrentiemodaliteit, maar van de variant: geen concurrentie. Naar mijn mening zou daarom nog een vijfde optie moeten worden toegevoegd aan de indeling van concurrentiemodaliteiten, voor zover deze indeling dient als palet aan keuzes waaruit de wetgever zou moeten kiezen. Deze vijfde optie is geen concurrentie. Binnen deze optie kan een prestatievergelijking (zonder afrekenmechanisme) plaatsvinden, maar bij deze vijfde optie kunnen ook andere vormen van sturing plaatsvinden. Bij elke concurrentiemodaliteit passen andere instrumenten. Er kan in zekere zin een glijdende schaal worden ontwaard. Hoe hoger de concurrentiemodaliteit staat in de gehanteerde voorkeursvolgorde des te minder behoefte bestaat aan ingrijpende regulering. Immers, hoe meer concurrentie, des te meer het resultaat in de handen van de markt ligt.

9.2.4 Instrumenten

Instrumenten werden aan het begin van het vierde hoofdstuk gedefiniëerd als publiekrechtelijke, privaatrechtelijke en feitelijke middelen waarmee publieke belangen geborgd kunnen worden door consumenten, ondernemingen en overheden op gereguleerde markten in nutssectoren. In dit hoofdstuk werd de vraag beantwoord wat van bepaalde instrumenten kan worden verwacht bij het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren. Op welke wijze kunnen publieke belangen die zijn vastgesteld voor nutssectoren op een geschikte wijze worden geborgd met behulp van deze instrumenten? Hierbij werd geanalyseerd of en op welke wijze het zinvol is bepaalde instrumenten in te zetten voor het borgen van bepaalde publieke belangen in de onderscheidenlijke concurrentiemodaliteiten. Bespro-

ken werden de motieven voor de toepassing van het instrument, het instrument zelf, de aard van het instrument en de mogelijkheden om het instrument in te zetten bij verschillende concurrentiemodaliteiten. Bij de aard van het instrument werd gekeken naar de mate van ingrijpendheid van het instrument, naar de mogelijkheden voor de overheid om in te grijpen, het hiërarchisch karakter van het instrument en of het o een ontwerp-, controle- of correctiefunctie vervult. Daarnaast wordt bekeken hoe het instrument zich verhoudt met concurrentie en bij welke concurrentiemodaliteiten het instrument kan worden ingezet.

Deze instrumenten kunnen drie verschillende functies vervullen: een ontwerp-, een correctie- en een controlefunctie. Het is van belang deze van elkaar te onderscheiden zodat een juiste keuze voor de instrumenten kan worden gemaakt. Een juiste keuze betreft niet te veel maar ook niet te weinig instrumenten, die bovendien op een goede manier ingezet worden zodat publieke belangen kunnen worden geborgd.

Er werd geen compleet beeld geschetst van alle denkbare instrumenten. Er is gekozen om een aantal instrumenten te behandelen. Dit zijn sturende regelgeving, tariefregulering, informatieverstrekking, de vergunning, de concessie, publiek aandeelhouderschap en overige instrumenten. Vanuit juridisch perspectief roept deze indeling vragen op. De keuze voor deze instrumenten is in belangrijke mate ingegeven door de instrumenten die naar voren kwamen in de sectorhoofdstukken als instrumenten waarvan veel wordt verwacht bij het borgen van publieke belangen in nutssectoren. Sommige instrumenten vormen een juridische categorie zoals de vergunning. Andere instrumenten vormen een paraplu, waaronder verschillende juridische en feitelijke instrumenten kunnen worden geschaard, zoals informatieverstrekking. In de Angelsaksische economisch-juridische literatuur is een dergelijke indeling overigens gebruikelijker.¹

Het instrument sturende wetgeving bestaat uit wetgeving in formele en materiële zin (algemeen verbindende voorschriften). Sturende wetgeving moet worden onderscheiden van kaderstellende en constituerende wetgeving.

Sturende wetgeving stelt de overheid in staat om vergaand in te grijpen in de samenleving en biedt haar derhalve grip. Daarbij komt dat sturende wetgeving doorgaans onder politieke verantwoordelijkheid tot stand komt, hetgeen betekent dat de volksvertegenwoordiging hierop invloed kan uitoefenen. Een uitzondering op dit punt is het vaststellen van sturende wetgeving door marktautoriteiten, die onder beperkte politieke verantwoordelijkheid functioneren. Hier wordt een voorkeur uitgesproken voor de door Verheij & Verhey gekozen oplossing om de betrokken minister de bevoegdheid te verlenen een besluit van een marktautoriteit te vernietigen.

Het instrument sturende wetgeving behoort tot het basale marktontwerp en heeft derhalve een ontwerpfunctie. Sturende wetgeving bevat algemeen verbindende voorschriften waaraan marktpartijen zich hebben te houden.

De mate van ingrijpendheid van sturende wetgeving en het daarmee samenhangende marktverstoring effect ervan hangt af van de inhoud van de normen. Hierover kan niet in zijn algemeenheid een uitspraak worden gedaan. Wel kan in het algemeen worden vastgesteld dat hoe meer ruimte bestaat voor concurrentie, hoe minder plaats is voor detailnormering.

Sturende wetgeving bleek in alle concurrentiemodaliteiten te kunnen worden ingezet, maar niet overal dezelfde rol te spelen. Bij rechtstreekse concurrentie tussen ondernemingen is het van belang dat niet teveel sprake is van overheidsingrijpen en daarmee van detailregulering zodat de concurrentie tot stand kan komen. Wel is ruimte voor sturende wetgeving als

¹ Vgl. Ogus 1994, deel III en IV.

randvoorwaarden. Dit geldt voor concurrentie tussen marktsegmenten en voor concurrentie op de markt voorzover het gaat om de leveringsmarkt. Meer behoefte aan sturende wetgeving is er bij de toegang tot de infrastructuur bij concurrentie op de markt omdat deze toegang moet worden afgedwongen. Bij concurrentie om de markt, is het van belang dat in constituerende wetgeving een instrument wordt gecreëerd waarmee concurrentie om de markt kan worden vormgegeven. Hierbij zal zowel de behoefte aan algemene normen kunnen bestaan als de behoefte tot het verbinden van detailnormen aan het concrete instrument. Omdat de concurrentie in dit geval geen continu proces is, maar eens in bepaalde tijd plaatsvindt, en de betrokken onderneming daarmee een tijdelijk monopolie verkrijgt, is de behoefte aan detailnormering in dit geval veel groter dan wanneer sprake is van een proces van voortdurende concurrentie. De belangrijkste algemene regels bij de keuze voor een prestatievergelijking zijn de verplichtingen om informatie te verschaffen. Daarnaast zal in een sector waarin de prestatievergelijking plaatsvindt, doorgaans een grotere behoefte bestaan aan specifieke regels omdat ook hier sprake is van een monopolie, zij het permanent.

Vervolgens werd het instrument tariefregulering besproken. Ook dit instrument kent vele verschijningsvormen. De motieven om tot tariefregulering over te gaan, worden ten eerste gevormd door het economische motief van het beschermen van de gebonden consument tegen de machtige monopolist. Ten tweede geldt het politieke, uit het EU-recht afkomstige, motief dat goederen en DAEB voor alle consumenten op het grondgebied van een lidstaat tegen min of meer gelijke prijzen beschikbaar moeten zijn.

Tariefregulering is een eenzijdige van overheidswege opgelegde verplichting en daarmee stelt het de overheid in staat om stevige grip te houden op de prijzen in een sector. Tariefregulering kan zowel een ontwerp- als een correctiefunctie vervullen. In het eerste geval wordt in sturende wetgeving of bij besluit van een bestuursorgaan een tarief vastgesteld. In het tweede geval wordt achteraf ingegrepen als blijkt dat de prijzen onaanvaardbaar hoog zijn. Er zijn verder verschillende systemen van tariefregulering, te weten algemene tariefregulering en sectorspecifieke tariefregulering. Met name sectorspecifieke tariefregulering speelt een rol in nutssectoren. Gelet op het gegeven dat bij daadwerkelijke concurrentie ingrijpen in de prijzen te zeer marktversturend zou werken, ligt het niet voor de hand om tarieven ex ante vast te stellen bij concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt, voor zover het gaat om de leveringsmarkt. Bij het verlenen van toegang tot de infrastructuur bij concurrentie op de markt is het wel van belang dat in prijzen wordt ingegrepen in verband met het monopolie van de eigenaar van de infrastructuur. Bij concurrentie om de markt ligt het voor de hand dat in het instrument dat de betrokken onderneming het tijdelijk monopolie verleent het tarief wordt vastgelegd. Dit is van belang omdat van een prestatievergelijking slechts een zwakke prikkel uitgaat omdat de consumenten gebonden zijn aan de monopolist.

Een belangrijk instrument bij het reguleren van nutssectoren is het openbaarmaken en verstrekken van informatie. In nutssectoren is het borgen van publieke belangen door de in het derde hoofdstuk besproken regimeveranderingen aan steeds meer partijen overgelaten. Consumenten, ondernemingen, marktautoriteiten, volksvertegenwoordigers, bestuursorganen en publieke aandeelhouders hebben behoefte aan betrouwbare en overzichtelijke informatie om hun beslissingen en keuzes op te kunnen baseren.

Het openbaar maken en verstrekken van informatie kan op verschillende manieren vorm krijgen. De volgende vormen zijn besproken: indirecte openbaarmaking, directe openbaarmaking en politieke openbaarmaking. Gebleken is dat openbaarmaking en informatieverstrekking een ontwerp-, controle- én correctiefunctie kunnen vervullen. Bij concurrentie tussen marktsegmenten of concurrentie op de markt, voor zover het gaat om de leverings-

markt, is behoefte aan betrouwbare en overzichtelijke informatie bij de consument. Bovendien is de consument in dit geval de sturende partij in de afweging van publieke belangen. In dit geval vervult openbaarmaking derhalve de rol van ontwerpfunctie.

Een belangrijke kanttekening is dat voor het afwegen van publieke belangen niet volledig op de consument kan worden vertrouwd. Niet alleen is de betrouwbaarheid en overzichtelijkheid van de informatie voor de consument hierbij van belang, ook moet de consument bereid én in staat zijn om een afweging te maken. In de praktijk blijkt het hieraan nogal eens te ontbreken. De bereidheid van de consument om over te stappen lijkt niet groot te zijn en daarnaast lijkt een beeld te bestaan van een rationele consument hetgeen in de praktijk niet bewaarheid wordt. Dit betekent dat mogelijk aanvullende regulering nodig is om het afwegen tussen publieke belangen goed te laten functioneren. Openbaarmaking vervult ook een belangrijke ontwerpfunctie bij concurrentie om de markt. Dan is het bestuursorgaan dat een monopolie verleent afhankelijk van de informatie van de zittende monopolist. Dit zou wettelijk afdwingbaar moeten zijn.

Openbaarmaking en informatieverstrekking kunnen bij uitstek een controlefunctie vervullen. Informatie stelt de overheid en anderen in staat om te controleren of publieke belangen geborgd worden. Ook politieke openbaarmaking vervult een controlefunctie. De behoefte aan politieke openbaarmaking is van groter belang naarmate van minder concurrentie sprake is. Dan worden publieke belangen meer in het publieke domein afgewogen en is de overheid meer de sturende partij. Zo is bij de prestatievergelijking en bij concurrentie om de markt grote behoefte aan kennis bij de volkvertegenwoordiging.

Openbaarmaking vervult sinds enige tijd ook een correctiefunctie. Door middel van *naming and shaming* kan de overheid een sanctie opleggen aan een onderneming die een norm heeft overtreden. De juridische status van dit fenomeen is nog onduidelijk. Strikt genomen is er geen wettelijke grondslag voor nodig. In dit onderzoek is echter wel gepleit voor een wettelijke grondslag voor dit type openbaarmakingshandelingen. De ingrijpendheid van dit instrument is des te groter daar de effecten ervan zeer moeilijk zijn terug te draaien.

De vergunning bleek een ingrijpend instrument dat de overheid veel grip biedt. Hetzelfde bleek te gelden voor de concessie. Bij de vergunning kan de mate van ingrijpendheid wel verschillen; er kan worden gesproken van zogenaamde lichte en zware vergunningen, afhankelijk van de aard en de zwaarte van de gestelde eisen. Bij de lichte vergunning is het overigens in mijn ogen niet altijd nodig hiervoor een vergunningensysteem op te tuigen. Met algemene regels gecombineerd met een meldingsplicht zou mogelijk kunnen worden volstaan. Zowel de vergunning als de concessie vervullen een ontwerpfunctie.

De vergunning bleek zich voor toepassing in verschillende concurrentiemodaliteiten te lenen. Zij wordt bij de regulering van nutssectoren gebruikt als instrument om toegang tot de markt te verlenen. Omdat op de markt in dat geval sprake moet zijn van concurrentie is het van belang dat de voorschriften die aan de vergunning worden gebonden ruimte laten voor deze concurrentie en derhalve niet te gedetailleerd zijn. Als markttoegangsinstrument kan het worden gebruikt bij concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt. Uitgangspunt hierbij zou moeten zijn dat concurrenten een gelijk speelveld hebben. Daarom zijn afwijkingen op individueel niveau niet gerechtvaardigd en rijst wederom de vraag of de vergunning een geschikt instrument is. Ook bij concurrentie om de markt kan de vergunning als markttoegangsinstrument worden gebruikt. Het komt dan neer op een vergunning om mee te concurreren om de markt. In de praktijk komt dit voor; het ligt echter voor de hand dat de betrokken voorwaarden kunnen worden gecontroleerd door de autoriteit die concurrentie om de markt organiseert en dat aan de concessie die vervolgens wordt verleend, kunnen de be-

trokken voorschriften worden verbonden. De bestuurskundige stelling dat de vergunning niet past in een marktachtige omgeving omdat de vergunninghouder de wil van de consument niet dient, wordt hier niet onderschreven. Er zijn immers instrumenten die ervoor zorgen dat de vergunninghouder wel van de wil van de consumenten op de hoogte is en deze ook nvolgt. Wel dient terughoudend te worden omgesprongen met de vergunning bij concurrentie.

De concessie leent zich, voor zover het gaat om concurrentiemodaliteiten, bij uitstek en uitsluitend voor de organisatie van concurrentie om de markt. Bij de concessie is het, anders dan bij de vergunning, in beginsel niet problematisch als er gedetailleerde voorschriften aan worden verbonden. Het concurrentiemoment is immers reeds gepasseerd en bovendien is het van belang dat een monopolist aan banden worden gelegd. Wel moet onder ogen worden gezien dat juist concurrentie plaatsvindt zodat de ondernemingen innovatie kunnen plegen hetgeen tot verbeteringen zou moeten leiden. De betrokken ondernemingen moeten daar dan wel de ruimte voor krijgen.

Ten slotte is publiek aandeelhouderschap als instrument besproken. Ten aanzien van het staatsdeelnemingenbeleid werd opgemerkt dat in de afgelopen jaren een omslag heeft plaatsgevonden van 'privaat, tenzij' naar 'publiek, tenzij'. Er werden drie motieven gepresenteerd voor het houden van aandelen van overheden. Ten eerste een beoogde toekomstige privatisering, ten tweede het in publieke handen houden van cruciale infrastructuur en ten derde het borgen van publieke belangen die niet of zeer lastig met publiekrechtelijke instrumenten kunnen worden bereikt.

Publiek aandeelhouderschap is een wezenlijk ander instrument dan de hiervoor besproken instrumenten omdat het privaatrechtelijk van aard is. Dit betekent dat het toepasselijke normenkader voor dit instrument voor een belangrijk deel privaatrechtelijk is. Publiek aandeelhouderschap bleek zowel een ontwerp-, controle-, en correctiefunctie te kunnen vervullen.

De mogelijkheden tot controle door de publieke aandeelhouders bleken gelegen in de informatieverstrekking door het bestuur aan de aandeelhouders, al dan niet op verzoek. De aanduiding van de algemene vergadering van aandeelhouders als hoogste macht in de vennootschap bleek op twee punten gerelativeerd te kunnen worden. Ten eerste kunnen de aandeelhouders geen inzicht verkrijgen in het initiële rapport van de accountant wanneer zij de jaarrekening en het jaarverslag van het bestuur ontvangen. Ten tweede is het bestuur gehouden om de vergadering de verlangde inlichtingen te verschaffen maar heeft het geen actieve informatieplicht, die het bijvoorbeeld wel heeft ten opzichte van de Ondernemingsraad en de Raad van Commissarissen. Bepleit is dat het de voorkeur verdient dat dit recht zodanig wordt uitgelegd dat het ook aan iedere individuele aandeelhouder toekomt. Verzoeken om inlichtingen gestoeld op artikel 2:8 BW op grond waarvan de bij een rechtspersoon betrokkenen zich met inachtneming van de redelijkheid en de billijkheid jegens elkaar hebben te gedragen, worden door de rechter uiterst terughoudend beoordeeld. Gelet op het gegeven dat publieke aandeelhouders in het algemeen belang aandelen houden, en in die zin afwijken van particuliere aandeelhouders, is het van belang dat wanneer voor dit instrument wordt gekozen, de wetgever of de minister onder ogen ziet in hoeverre deze informatieverplichtingen in het voorkomende geval volstaan of dat zij in de statuten moeten worden uitgebreid.

Op veel publieke vennootschappen in nutssectoren is het structuurregime van toepassing. Dit betekent dat de aandeelhoudersvergadering op afstand van het bestuur is geplaatst. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft vrij algemene bevoegdheden om in te grijpen en geen mogelijkheden om individuele aanwijzingen aan het bestuur te geven. Dit maakt het onmogelijk om goed op publieke belangen te sturen. Wel is het mogelijk om de

bestaande bevoegdheden die gelden op grond van het BW uit te breiden. Ten eerste kan de aandeelhoudersvergadering zelf nieuwe bevoegdheden creëren door middel van een statutenwijziging. Deze bevoegdheid is niet onbegrensd. Zo mag de aandeelhoudersvergadering geen bevoegdheden naar zich toe trekken die op grond van de wet aan het bestuur toekomen. Ten tweede is het mogelijk dat de wetgever bepaalde extra bevoegdheden toekent aan deze vergadering. Als dit gebeurt in een wet in formele zin, is een van het BW afwijkende bevoegdheidsverdeling wel mogelijk.

In de praktijk blijkt zich bij publiek aandeelhouderschap een aantal problemen voor te doen. Achtereenvolgens kwamen aan de orde de ophef over beloningen van topbestuurders bij energiebedrijven, de versnipperdheid van het publiek aandeelhouderschap, het gebrek aan expertise, de verschillende percepties en de rationeel-apathische houding van aandeelhouders. Voor deze problemen werd ook een aantal oplossingen gepresenteerd, te weten het aangaan van aandeelhoudersovereenkomsten, het creëren van een personele unie tussen de aandeelhouders en het bestuur en het uitbreiden in de statuten van de aandeelhoudersbevoegdheden. Ook hiermee zou de wetgever bij het maken van keuzes voor de regulering van een sector rekening moeten houden. De Kroon heeft de bevoegdheid om besluiten van lagere overheden te schorsen of vernietigen. De Kroon kan derhalve vergaande invloed hebben op de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden, maar zal hier niet gauw gebruik van maken, aangezien het een *ultimum remedium* is.

Publiek aandeelhouderschap en concurrentie gaan eigenlijk niet goed samen. Als adequaat wordt geconcurrereerd is er geen reden voor rechtstreekse overheidsbemoeienis. Van daar dat bij concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt – voor zover het om de leveringsmarkt gaat – en bij concurrentie om de markt publiek aandeelhouder-schap niet als instrument om publieke belangen te borgen, zou moeten worden gebruikt. Voor het beheer van vitale infrastructuren bij concurrentie op de markt is rechtstreekse overheidsbemoeienis te rechtvaardigen om de uiteindelijke zeggenschap te hebben in geval van bijvoorbeeld crisis.

Bij de overige instrumenten zijn besproken de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bindende aanwijzing. Gebleken is dat deze instrumenten een correctiefunctie vervullen. De rol die de bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten spelen in nutssectoren wijkt in beginsel niet af van de rol die zij hebben in andere sectoren. Zij zijn van groot belang voor het borgen van publieke belangen. Van het hanteren van handhavingsinstrumenten gaat een preventieve werking uit. Het kunnen zeer ingrijpende instrumenten zijn. Zij hebben een correctiefunctie in termen van dit onderzoek. De afweging of deze instrumenten worden gebruikt, heeft geen rechtstreekse relatie met de aanwezigheid van concurrentie. De verhouding met concurrentie wordt afgewogen bij de inzet van de instrumenten die door de in deze paragraaf behandelde instrumenten worden gehandhaafd. Het is steeds van belang te bezien of de instrumenten die worden ingezet ook kunnen worden gecorrigeerd. Een geschikte manier om dit te doen is met behulp van de hier besproken handhavingsinstrumenten.

9.3 Conclusies sectorhoofdstukken

9.3.1 Inleiding

In de sectorhoofdstukken is door middel van beschrijving en analyse van verschillende sectoren op zoek gegaan naar het antwoord op de vraag in hoeverre de nationale wetgever consistent en consequent omgaat met het borgen van publieke belangen in vier nutssectoren, te weten de drinkwatersector, de elektriciteitssector, het stads- en streekvervoer en de kabelsector. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vragen (i) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn in de geschiedenis van de verhouding tussen overheid en markt in deze sectoren, (ii) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn in de ruimte die het EU-recht de nationale wetgever biedt, (iii) welke publieke belangen kunnen worden aangewezen, in hoeverre deze worden geëxpliciteerd en of hiertussen een prioriteitenstelling wordt aangebracht, (iv) welke motivering wordt gehanteerd van de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, (v) of en in hoeverre er overeenkomsten en verschillen zijn bij de keuze voor bepaalde partijen en voor bepaalde instrumenten door de nationale wetgever en (vi) of er overeenkomsten en verschillen zijn in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en markt. Uiteindelijk wordt bezien in hoeverre de verschillen of overeenkomsten in de gemaakte keuzes gerechtvaardigd en consequent zijn.

9.3.2 De ene sector 'nuttiger' dan de andere?

Een eerste belangrijke overeenkomst die naar voren kwam in de achtergrond is dat al deze sectoren van groot maatschappelijk belang blijken te zijn. Als een van deze sectoren disfunctioneert en de betrokken diensten niet of gebrekkig kan leveren, heeft het nadelige en soms zelfs rampzalige gevolgen voor de maatschappij. Dit gegeven maakt dat deze sectoren voldoen aan één van de onderdelen van de definitie van het begrip nutssector: ze zijn van groot maatschappelijk nut.²

Het is wel van belang te constateren dat de grootte van dit maatschappelijk nut verschilt per sector. Zo is het voor individuen ingrijpender als men drinkwater van een slechte kwaliteit zou krijgen, dan wanneer men tijdelijk geen elektriciteit kan betrekken. Dit ligt echter ook genuanceerd. Van slecht drinkwater wordt men ziek. Een gebrekkige elektriciteitsvoorziening kan ook aanzienlijke schade, zoals brand opleveren. Het tijdelijk uitvallen van het stads- en streekvervoer en van het functioneren van de kabel is problematisch, maar minder ingrijpend dan wanneer de levering van drinkwater of de elektriciteit uitvalt. Dit laatste heeft te maken met het gegeven dat er voor de kabel en het stads- en streekvervoer eerder alternatieven voorhanden zullen zijn, zoals de ether en het gebruik van de auto.

9.3.3 Geschiedenis: als een meanderende rivier

In de geschiedenis van de sectoren is in het bijzonder gekeken naar de verhouding tussen overheid en markt sinds het ontstaan van de sectoren tot heden. Er blijkt in alle onderzochte sectoren een slingerbeweging te ontwaren tussen de invloed van markt en overheid.

De sectoren drinkwater, elektriciteit en openbaar vervoer zijn ontstaan door particulier initiatief. Al snel werden deze taken overgenomen door de overheid. De kabelsector is niet

² Zie paragraaf 3.3.2.

ontstaan op initiatief van particulieren maar door de aanleg ervan door gemeenten. Vervolgens werden deze nutsdiensten lange tijd geleverd door de overheid, zelf in de veronderstelling dat zij het best door haar geleverd zouden kunnen worden.

Pas sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is in dit beleid een kentering gekomen. De pendel schoot door richting de markt en concurrentie werd gepresenteerd als een mechanisme dat als een natuurwet zou leiden tot lagere kosten en een hogere kwaliteit indien aan bepaalde randvoorwaarden was voldaan. Inmiddels is duidelijk geworden dat het gedrag van partijen niet zo voorspelbaar was als verwacht en dat liberalisering ook andere nadelige veranderingen met zich heeft gebracht.

De sectoren elektriciteit, openbaar vervoer en kabel zijn in navolging van deze ommekeer sinds de jaren negentig geliberaliseerd en (worden) geprivatiseerd. Voor drinkwater is dit eveneens overwogen maar is uiteindelijk besloten om deze sector niet aan liberalisering en privatisering bloot te stellen. Inmiddels is duidelijk geworden dat niet te veel kan worden vertrouwd op marktwerking en lijkt de pendel dan ook weer terug te slingeren richting de overheid.

Wellicht is uiteindelijk de metafoor van een meanderende rivier geschikter. De pendel impliceert een statisch heen en weer zwaaien, terwijl een meanderende rivier, hoewel slingerend van de ene naar de andere kant, toch steeds verder komt.

9.3.4 EU-recht: niet overal evenveel invloed

Er blijkt in verschillende mate ruimte voor keuzes door de nationale wetgever bij de regulering van nutssectoren. Bij elektriciteit zijn de doelen en grenzen redelijk ingekaderd. Ook voor de kabelsector zijn de mogelijkheden voor regulering op Europees niveau bepaald. In het stads- en streekvervoer gelden minder harde grenzen. Niettemin is concurrentie om de markt het uitgangspunt op Europees niveau. Bij drinkwater is veel meer ruimte om te kiezen, hoewel ook hier rekening moet worden gehouden met de grenzen van het algemene EU-recht.

Hierna wordt ingegaan op de rol van het sectorspecifieke EU-recht. Aan de orde komt de mate van invloed van het EU-recht op de concurrentiemodaliteit en de mate van invloed op de instrumenten. Steeds wordt aangegeven hoe dit moet worden beoordeeld in de verschillende sectoren.

Er is geen Europese sectorspecifieke liberaliseringsrichtlijn tot stand gekomen voor de drinkwatersector. In deze sector is dan ook geen sprake van invloed van het EU-recht op de te kiezen concurrentiemodaliteit. Op dit punt is de nationale wetgever vrij; ook om geen concurrentie in te voeren, zoals in de Nederlandse drinkwatersector het geval is. Wel moet rekening worden gehouden met het EU-recht indien men overgaat tot de invoering van marktwerking. De nationale wetgever heeft vrijheid om te kiezen met welke instrumenten de sector wordt gereguleerd.

Voor de elektriciteitssector zijn reeds twee opeenvolgende liberaliseringsrichtlijnen tot stand gekomen. Het sectorspecifieke kader heeft vergaande invloed op de regulering van de elektriciteitssector. Door dit kader wordt bepaald dat in de elektriciteitssectoren in de EU concurrentie op de markt plaatsvindt. De keuze voor de concurrentiemodaliteit wordt derhalve door het sectorspecifieke EU-recht voorgeschreven. Ook op de instrumenten heeft het EU-recht invloed. Zo bepaalt het welke tarieven moeten worden gereguleerd en in hoeverre consumenten moeten worden beschermd. Niettemin laat dit kader ruimte voor de nationale wetgever om keuzes te maken. In de elektriciteitssector heeft deze wetgever ervoor gekozen om

een volledige splitsing aan te brengen tussen de infrastructuur en de levering. Hiermee wordt veel verder gegaan dan het EU-recht voorschrijft.

Op dit moment geldt op grond van het EU-recht voor de nationale wetgever geen plicht om in het stads- en streekvervoer concurrentie om de markt te organiseren. In de toekomst wordt dit wel voorgeschreven, op grond van de PSO-verordening, behoudens een aantal ruime uitzonderingen. Concurrentie om de markt in deze sector houdt in dat het recht en de plicht om openbaar vervoer te verrichten moet worden aanbesteed. De gemeentelijke vervoerbedrijven in de grote steden kunnen onder de uitzondering worden gebracht. Dit betekent dat het EU-recht in deze sector een beginsel voorschrijft, waarop uitzonderingen kunnen worden gemaakt. Het EU-recht heeft zodoende vergaande invloed, maar door de mogelijkheid van de uitzonderingen wordt deze invloed gematigd. Wel is het zo dat als de uitzondering niet opgaat, deze verordening voorschrijft dat de opdracht dan moet worden verleend na aanbesteding conform de verordening.

De telecomunicatiesector, waarvan de kabelsector deel uitmaakt, is als eerste van de nutssectoren geliberaliseerd op grond van de Telecommunicatierichtlijn. Voor de kabelsector heeft het EU-recht ultieme invloed op de concurrentiemodaliteit en instrumenten. In principe is concurrentie tussen marktsegmenten het uitgangspunt in de richtlijn. Als blijkt dat concurrentie tussen marktsegmenten onvoldoende tot stand komt, zoals in Nederland het geval is, dan kan de marktautoriteit, in casu OPTA, in overleg met de Europese Commissie bepaalde voorgeschreven instrumenten toepassen. De toepassing van deze instrumenten komt neer op het organiseren van concurrentie op de markt. Op de kabelsector bestaat, in vergelijking met de andere drie sectoren de meest vergaande invloed van het EU-recht.

Bij vergelijking van de sectoren blijkt dat op de regulering van de drinkwatersector van weinig beperkende invloed van het EU-recht sprake is. Op de regulering van het stads- en streekvervoer bestaat veel invloed, maar daarop zijn ruime uitzonderingen mogelijk. Op de elektriciteitssector bestaat veel invloed, de concurrentiemodaliteit ligt al vast, maar toch is er ruimte voor eigen afwegingen door de nationale wetgever. De kabelsector staat volledig onder invloed van het EU-recht, waarbij de Europese Commissie zelfs een deel van de regulering voor zijn rekening neemt.

9.3.5 Publieke belangen

9.3.5.1 Algemeen

Bij de regulering van de betrokken sectoren valt op dat publieke belangen niet altijd als zodanig worden geëxpliciteerd. In ieder geval worden deze belangen niet in wetgeving opgenomen, maar ook in de parlementaire geschiedenis worden de doelen van de wetgeving niet altijd systematisch geduid. Daarnaast worden vaak veel verschillende doelen van wetgeving beschreven die met elkaar strijdig (kunnen) zijn. Daarbij wordt niet altijd – in ieder geval niet expliciet – aangegeven in hoeverre deze doelen met elkaar strijdig zijn en als daarvan sprake is, welk doel zou moeten prevaleren. Een uitzondering hierop vormen de elektriciteitssector, waar de wetgever een aparte paragraaf over publieke belangen heeft opgenomen en de drinkwatersector waar de wetgever de publieke belangen kort memoreert. Voor drinkwater geldt bovendien dat wel een prioritering is aangebracht tussen de verschillende publieke belangen.

De wetgever laat zich – al dan niet expliciet – doorgaans uit in betrekkelijk abstracte begrippen waardoor er weinig gecentreerde richting lijkt te bestaan ten aanzien van de te berei-

ken resultaten. Verondersteld wordt dat marktwerking leidt tot de resultaten die door de maatschappij worden gewenst. Hiervoor is er al op gewezen dat de praktijk weerbarstiger is dan deze theorie doet veronderstellen.

Door publieke belangen – al dan niet expliciet – vast te stellen, worden allerlei uiteenlopende doelen aan de regeling verbonden. Omdat vaak niet wordt aangegeven dat sprake is van een prioriteitenstelling binnen deze innerlijk tegenstrijdige publieke belangen en de publieke belangen ook niet worden gekwantificeerd, blijft het voor de wetgever uiteindelijk gissen wat er van de wetgeving terecht zal komen. Op dit punt wordt veel overgelaten aan de marktautoriteit. Als een en ander uit de hand loopt, kan uiteindelijk de wetgever weer ingrijpen om bij te sturen.³ Het lijkt kenmerkend voor de regulering van deze sectoren om betrekkelijk vage doelen te verbinden aan de regelgeving en veel over te laten aan de minister, de marktautoriteit, ondernemingen en consumenten inzake de uiteindelijke afweging van publieke belangen. Dit laatste geldt niet in de drinkwatersector, waar strikte kwaliteitsnormen gelden op grond van wetgeving.

In de besproken nutssectoren zijn treffende overeenkomsten te vinden in de inhoud van de publieke belangen. In alle vier de sectoren spelen de volgende publieke belangen een rol: leveringszekerheid, kwaliteit (voorzover het gaat om een heteroog goed), een aanvaardbare prijs en bescherming van de gebonden consument.

De publieke belangen die in de verschillende sectoren naar voren zijn gekomen, vertonen gelijkenis met de door het toenmalige kabinet gepresenteerde publieke belangen in de nota Publieke belangen en marktordening. Zo speelden de bescherming van de gebonden afnemers, de leveringszekerheid, de kwaliteit, het milieu, de veiligheid en de volksgezondheid – waar relevant – een rol. Een publiek belang dat niet in elke sector terugkomt, is het in de aangehaalde nota genoemde belang van een doelmatige marktordening en doelmatig toezicht. Dit wordt alleen voor de elektriciteitssector expliciet genoemd als te bereiken publiek belang. Dit zou, zoals eerder in deze studie bleek, naar mijn mening echter niet moeten worden gezien als een doel op zich maar als een middel om publieke belangen te borgen, in het bijzonder het publieke belang van het efficiënt functioneren van de betrokken sector zodat de laagst mogelijke maatschappelijke kosten worden gemaakt.⁴ Hierna worden de belangrijkste publieke belangen besproken en wordt per sector aangegeven welke rol zij daarin spelen.

9.3.5.2 Leveringszekerheid

Leveringszekerheid is bereikt als een bepaald goed of een bepaalde dienst altijd beschikbaar is voor de consument. In veel sectoren wordt geen volledige leveringszekerheid nagestreefd omdat dit publieke belang wordt afgewogen tegen andere publieke belangen, zoals de betaalbaarheid van de dienst. Een kans van nul procent op de onderbreking van de levering van een dienst betekent dat zeer hoge eisen moeten worden gesteld waar doorgaans hoge kosten mee gemoeid zijn.

In de drinkwatersector wordt leveringszekerheid door de wetgever genoemd als te borgen publiek belang. Het achterwege blijven van de levering van drinkwater heeft gevolgen voor de volksgezondheid. Bovendien wordt een rangorde aangebracht: leveringszekerheid staat samen met kwaliteit bovenaan in de rangorde van publieke belangen. Dit betekent dat in de drinkwatersector wel een volledige leveringszekerheid wordt nagestreefd.

³ Bijvoorbeeld door te bepalen binnen hoeveel tijd een rekening moet zijn verstuurd.

⁴ Zie paragraaf 3.5.4.

Ook in de elektriciteitssector is leveringszekerheid een prominent publiek belang. Het uitvallen van de elektriciteit kan grote schade met zich brengen. De wetgever beperkt de leveringszekerheid echter tot klanten die geen uitwijkmogelijkheden hebben. Deze klanten worden niet expliciet benoemd. Aangenomen kan worden dat alle kleinverbruikers geen uitwijkmogelijkheden hebben en dat zij derhalve aanspraak kunnen maken op leveringszekerheid. In de elektriciteitssector wordt geen volledige leveringszekerheid nagestreefd. Dit blijkt al uit het gegeven dat in deze sector de belangen wel worden geëxpliciteerd maar geen rangorde wordt aangegeven. De wetgever committeert zich ook niet aan een bepaald percentage.

Leveringszekerheid wordt niet als zodanig genoemd voor het stads- en streekvervoer. Betrouwbaar openbaar vervoer is wel van groot belang voor het behalen van de doelen van de betrokken wet: een verhoging van het aantal reizigers en een verlaging van de kostendekingsgraad.

Voor de kabelsector wordt leveringszekerheid ook niet als zodanig genoemd. Wel kan uit de toelichtingen worden afgeleid dat toegankelijkheid een publiek belang is. Dit moet worden opgevat als een ruimer begrip dan leveringszekerheid. Onder toegankelijkheid moet immers ook de betaalbaarheid van de dienst worden begrepen. Leveringszekerheid maakt ook deel uit van de toegankelijkheid van de dienst en daarom kan worden geconcludeerd dat dit publiek belang, hoewel het niet expliciet wordt genoemd, in de kabelsector ook wordt nagestreefd.

9.3.5.3 *Kwaliteit*

Kwaliteit is een publiek belang dat in veel sectoren een belangrijke rol speelt. Bij heterogene goederen en diensten kan juist concurrentie ontstaan als bedrijven zich onderscheiden op het gebied van kwaliteit. Kwaliteit in deze zin ziet op de inhoud van het geleverde goed of de geleverde dienst.

In de drinkwatersector is kwaliteit van groot belang. Drinkwater is een heterogeen goed en bovendien heeft een slechte kwaliteit van het drinkwater rechtstreekse gevolgen voor de volksgezondheid en daarmee is het gerelateerd aan de veiligheid. Als gevolg hiervan wordt bij en krachtens de Drinkwaterwet volledig bepaald aan welke normen het Nederlandse drinkwater moet voldoen.

Elektriciteit is een homogeen goed, daarom is er geen sprake van kwaliteitsverschillen. Dit publiek belang speelt daarom in de elektriciteitssector geen rol en wordt dan ook niet genoemd door de wetgever in de geëxpliciteerde publieke belangen. Als over kwaliteit wordt gesproken in deze sector, ziet dit doorgaans op de kwaliteit van de levering en daarmee op de leveringszekerheid.

In het stads- en streekvervoer speelt kwaliteit wel degelijk een belangrijke rol. Zo is de toegankelijkheid van het openbaar vervoer voor gehandicapten van belang alsmede het in stand houden van onrendabele lijnen. De invulling van het publieke belang kwaliteit wordt in belangrijke mate overgelaten aan de vervoersautoriteit die zich op een lagere bestuurslaag bevindt.

Via de kabel wordt een deel van de media – radio en tv – verspreid. De kwaliteit hiervan wordt als publiek belang beschouwd en een pluriform aanbod wordt wenselijk geacht. Preventief toezicht op een radio- of tv uitzending is echter verboden waardoor op deze kwaliteit slechts beperkt invloed kan worden uitgeoefend. De nagestreefde pluriformiteit in de media is een specificering voor deze sector van het te borgen publieke belang kwaliteit.

9.3.5.4 *Bescherming gebonden consument*

Bescherming van de gebonden consumenten is nodig waar de consumenten geen keuzevrijheid hebben omdat zij afhankelijk zijn van een monopolist. Een sector heeft (deels) monopolistische trekken als een goed of dienst wordt geleverd via één infrastructuur.

De bescherming van de gebonden consument is in de drinkwatersector een belangrijk publiek belang omdat consumenten zijn aangewezen op het regionale drinkwaterbedrijf. In de elektriciteitssector zijn er gebonden consumenten. Alle kleinverbruikers zijn in principe afhankelijk van de netbeheerder.

Het publieke belang van de bescherming van de gebonden consument wordt niet geëxpliciteerd in het stads- en streekvervoer. Wel wordt de positie van de reiziger expliciet genoemd. Gelet op de organisatie van de sector, is deze reiziger afhankelijk van de vervoerder aan wie de regionale concessie is verleend en moet hij worden beschermd tegen de monopolist. De bescherming van de reiziger door middel van de concessie verschilt niet van het beschermen van de gebonden consument. Hieruit kan derhalve worden afgeleid dat dit publieke belang, hoewel het niet als zodanig wordt genoemd, wel wordt nagestreefd in het stads- en streekvervoer.

In de kabelsector wordt op zeer korte termijn concurrentie op de markt ingevoerd. Dit betekent dat consumenten niet langer voor doorgifte van het kabelsignaal afhankelijk zijn van de regionale monopolist. De bescherming van de gebonden consument speelt derhalve in de kabelsector geen belangrijke rol, hij zal immers kunnen kiezen tussen verschillende aanbieders van radio- en tv-diensten via de kabel.

9.3.5.5 *Efficiëntie & betaalbaarheid*

Het publieke belang van efficiëntie en betaalbaarheid is een belangrijke factor in de publieke belangen in nutssectoren. Zoals in hoofdstuk 3 naar voren kwam, is efficiëntie geen publiek belang, maar een middel om het publieke belang 'betaalbaarheid' te bereiken. Vaak was dit een van de hoofddoelen bij het liberaliseren en eventueel privatiseren in nutssectoren. Hoe belangrijker de betaalbaarheid, oftewel een zo laag mogelijke prijs, is voor de wetgever, hoe meer tariefregulering zal plaatsvinden. Concurrentie wordt ook gezien als een belangrijk middel om efficiëntie te creëren. De verschillende concurrentiemodaliteiten bieden een verschillende mate van concurrentie. Er bestaat derhalve tot op zekere hoogte een relatie tussen de waarde die wordt gehecht aan de betaalbaarheid en de gekozen instrumenten, in het bijzonder het soort tariefregulering. Verder bestaat tot op zekere hoogte een relatie tussen de gewenste efficiëntie en de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit. Hierbij moet ook worden betrokken welke andere publieke belangen moeten worden afgewogen. Als kwaliteit altijd de doorslag geeft, is efficiëntie wel gewenst, maar moet deze toch van minder belang worden geacht dan de kwaliteit en ligt een modaliteit met minder concurrentie voor de hand.

Efficiëntie en betaalbaarheid spelen in de drinkwatersector een rol. Door de wetgever wordt dit doelmatigheid genoemd. Zoals hiervoor al bleek is dit publiek belang echter ondergeschikt aan de kwaliteit en leveringszekerheid in deze sector.

Voor de elektriciteitssector worden afzonderlijk van elkaar genoemd het publiek belang dat energie beschikbaar moet zijn tegen maatschappelijk aanvaardbare prijzen voor alle consumenten en dat productie en distributie van energie moeten plaatsvinden tegen de laagst mogelijke maatschappelijke kosten. Dit betekent dat veel waarde wordt gehecht aan zo laag mogelijke energieprijzen en efficiënt functioneren van de elektriciteitsvoorziening.

In het stads- en streekvervoer wordt een verlaging van de kostendekkingsgraad beoogd. Daarnaast moeten de tarieven worden gereguleerd. De tarieven moeten zodanig zijn dat een toename van het gebruik van het openbaar vervoer en een verlaging van de kosten met elkaar in balans komen.

In de kabelsector moet een basisaanbod, de zogenaamde *must-carry* zenders, worden gegarandeerd tegen min of meer gelijke prijzen. De prijzen hoeven derhalve niet zo laag mogelijk te zijn. Verder ligt de nadruk in de kabelsector vooral op keuzevrijheid. Door concurrentie verwacht men efficiëntie te bereiken.

9.3.5.6 Slotsom

In de drinkwatersector worden de publieke belangen geëxpliciteerd en wordt bovendien een prioriteitenstelling aangebracht: leveringszekerheid en kwaliteit staan bovenaan en de efficiëntie en betaalbaarheid van de voorziening mogen niet ten koste gaan van deze superieure publieke belangen.

In de elektriciteitssector worden de publieke belangen eveneens geëxpliciteerd. Tussen deze onmiskenbaar tegenstrijdige publieke belangen – hoe groter de leveringszekerheid, hoe hoger de prijs – wordt geen prioriteitenstelling aangebracht. Deze afweging wordt – kennelijk – overgelaten aan de Energiekamer en de werking van de markt. Voor het netbeheer wordt deze afweging volledig overgelaten aan de Energiekamer en voor de leveringsmarkt voornamelijk aan de markt met eventueel corrigerend ingrijpen van de Energiekamer.

Voor het stads- en streekvervoer zijn de publieke belangen niet expliciet vastgesteld. Ook is geen onderlinge prioritering aangegeven. Deze afweging wordt van de vervoersautoriteit verwacht.

In de kabelsector worden publieke belangen niet expliciet genoemd. Ook hier wordt geen prioriteitenafweging gemaakt. Deze afweging wordt voor het beheer van de kabelnetten (derdentoegang) voor een belangrijk deel gemaakt door OPTA en op de leveringsmarkt volledig door de werking van de markt.

In de voorafgaande paragrafen kwam naar voren dat bepaalde publieke belangen niet in elke sector precies hetzelfde betekenen. Zo is leveringszekerheid een te borgen belang in de drinkwater- en elektriciteitssector, maar wordt deze bewoording niet gebruikt voor de te bereiken doelen in het stads- en streekvervoer en de kabelsector. Ondanks andere bewoordingen, kan worden geconcludeerd dat leveringszekerheid, te weten het ononderbroken genot van de levering van de betrokken dienst, in alle vier sectoren van belang is.

9.3.6 Concurrentie

9.3.6.1 Algemeen

Er kan in beginsel uit een aantal concurrentiemodaliteiten worden gekozen, te weten concurrentie tussen marktsegmenten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt en een prestatievergelijking (al dan niet met afrekenmechanisme). De keuze voor een bepaalde modaliteit hangt van verschillende factoren af.

9.3.6.2 Concurrentiemodaliteiten in de sectoren

Zoals hiervoor reeds bleek, kan het EU-recht doorslaggevende invloed uitoefenen op de keuzes van de nationale wetgever voor de concurrentiemodaliteit.⁵ In de drinkwatersector is de wetgever vrij om een concurrentiemodaliteit te kiezen. In de elektriciteitssector is concurrentie op de markt gegeven op grond van het EU-recht. Voor het stads- en streekvervoer geldt momenteel nog geen expliciete aanbestedingsplicht, maar slechts een transparantieplicht. De aanbestedingsplicht zal echter wel in de toekomst gelden, hetgeen betekent dat concurrentie om de markt wordt voorgeschreven. Ook in de kabelsector wordt de concurrentiemodaliteit bepaald door het EU-recht. Daarin is in principe concurrentie tussen marktsegmenten voorgeschreven en bij gebrek aan concurrentie kan voor concurrentie op de markt worden gekozen.

In de drinkwatersector wordt de concurrentiemodaliteit, zoals reeds gezegd, niet gedicteerd door het EU-recht. De wetgever heeft hier gekozen voor een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme. Dit betekent dat eigenlijk geen sprake is van concurrentie. Aan de hand van de prestatievergelijking kan bij afwijking van een drinkwaterbedrijf niet op grond daarvan worden ingegrepen.

Dat de concurrentiemodaliteit wordt voorgeschreven, zoals in de andere drie sectoren het geval is, betekent niet dat de nationale wetgever geen keuzevrijheid meer heeft. Verderop wordt nog ingegaan op de instrumenten; hier wordt alvast aangegeven welke keuzes de nationale wetgever in grote lijnen maakte. Zoals eerder in dit onderzoek bleek, kan de nationale wetgever bovendien verder gaan dan hetgeen het EU-recht dicteert.

In de elektriciteitssector is een voorbeeld te vinden van dit laatste. De nationale wetgever besloot namelijk over te gaan tot een volledige eigendomssplitsing omdat dit de onafhankelijkheid van de netbeheerders beter zou waarborgen, terwijl op grond van het EU-recht een juridische splitsing voldoende is. Dit heeft als gevolg gehad dat een aantal Nederlandse gesplitste energiebedrijven is overgenomen door buitenlandse ongesplitste energiebedrijven.

Ook in het stads- en streekvervoer gaat de nationale wetgever verder dan waartoe het op grond van EU-recht gehouden is. Hier heeft de wetgever bepalingen van de Europese aanbestedingsrichtlijn van toepassing verklaard op de concessieverlening in het openbaar vervoer, met uitzondering van een aantal grote steden.

In de kabelsector heeft de nationale wetgever wat de concurrentiemodaliteit betreft in feite niets meer te kiezen. Op grond van het EU-recht is bepaald welke vormen van concurrentie zijn toegestaan en onder welke voorwaarden en hoe kan worden ingegrepen.

9.3.7 Partijen

9.3.7.1 Inleiding

In de sectorhoofdstukken zijn de partijen steeds ingedeeld in drie clusters: overheid, ondernemingen en consumenten. Besproken werd hoe in elke sector de verantwoordelijkheid tussen samenleving en overheid is verdeeld.

Hierna komen dezelfde clusters aan de orde. Achtereenvolgens wordt de rol van de overheid, van de ondernemingen en van de consumenten besproken.

⁵ Zie bijvoorbeeld paragraaf 6.3.

9.3.7.2 Overheid

De vraag die rijst ten aanzien van de rol van de overheid is: waar roeit de overheid nog, waar stuurt zij en waar stuurt zij hooguit een beetje bij? Het antwoord op deze vraag loopt uiteen in de vier onderzochte sectoren. Daarnaast is de vraag wat de gevolgen zijn als bevoegdheden worden toegekend aan een andere bestuurslaag.

In de drinkwatersector houdt de overheid door strenge wetgeving, toezicht en publiek aandeelhouderschap op verschillende fronten grip op de ondernemingen. De overheid roeit en stuurt helemaal zelf in deze sector.

In de elektriciteitssector bestaat ook veel overheidsinvloed, hoewel dit gematigder is dan in de drinkwatersector. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het netbeheer en de leveringsmarkt. Voor het netbeheer geldt dat de ondernemingen – vooralsnog – volledig in overheidshanden zijn. Ook het toezicht door de Energiekamer op dit deel van de sector is streng. In de elektriciteitssector is het derhalve een combinatie van roeien en sturen. Voor het netbeheer gaat het om roeien en op de leveringsmarkt wordt stevig gestuurd.

In het stads- en streekvervoer heeft de overheid doorslaggevende invloed. Hier is de overheid en niet de consument de vrager op de markt waar private en publieke ondernemingen de aanbieders zijn. Dit stelt de overheid in staat de vraag volledig te bepalen. Nadeel hiervan is dat de wensen van een andere centrale partij – de reiziger – onvoldoende worden gehoord. Om dit systeem goed te laten werken is het van cruciaal belang dat de betrokken vervoersautoriteit op de hoogte is van de wensen van de reizende consument. In het stads- en streekvervoer stuurt de overheid volledig, maar laat zij het roeien voor een deel aan private vervoerders over. Voor een deel roeit zij zelf voorzover het gaat om gemeentelijke vervoerbedrijven.

Doordat concurrentie onvoldoende tot stand gekomen is in de kabelmarkt, is de invloed van de overheid juist weer toegenomen. In de jaren negentig van de vorige eeuw zijn de kabelnetwerken geprivatiseerd. Er werd concurrentie tussen de kabel en andere netwerken verwacht (satelliet, digitenne) maar deze kwam onvoldoende van de grond vanwege de unieke kenmerken van de Nederlandse kabelsector. Nu worden de kabelnetwerken verplicht aan derden toegang te verlenen door OPTA, zodat de consument keuzevrijheid krijgt.

Opmerkelijk is dat onder de Wp 2000 en met de invoering van de OV-chipkaart de publieke belangenafweging in het stads- en streekvervoer volledig zal worden ingevuld door regionale overheden. De nationale wetgever heeft de belangenbehartiging van dit onderwerp in de genoemde wet volledig overgedragen aan de provincies en WGR-plusregio's. Hiermee is de reguleringsbevoegdheid volledig overgedragen aan een andere, lagere, bestuurslaag. De publieke belangen zijn voor een deel door de nationale wetgever vastgesteld, maar worden ook voor een belangrijk deel ingevuld door deze regionale overheden.

Van belang om hierbij op te merken is dat als bevoegdheden volledig bij een andere bestuurslaag komen te liggen (stads- en streekvervoer) of als belangrijke bevoegdheden door een marktautoriteit worden uitgeoefend die de status van zelfstandig bestuursorgaan hebben (elektriciteit en kabel) dit consequenties heeft voor de mogelijkheden om in te grijpen door de minister. Het parlement zal in deze gevallen de betrokken minister vruchteloos ter verantwoording roepen en tot ingrijpen aanmanen.

9.3.7.3 Ondernemingen

De rol van de ondernemingen in de verschillende sectoren loopt ook uiteen. In de drinkwatersector zijn de ondernemingen volledig in publieke handen. Daar zij ook monopolisten zijn, hoeven zij niet te concurreren om de gunst van de consument.

In de elektriciteitssector zijn zowel private als publieke ondernemingen actief. De publieke ondernemingen zijn monopolisten. De Energiekamer houdt preventief en repressief toezicht op deze ondernemingen en gaat zonodig over tot handhaving. De private ondernemingen concurreren om de gunst van de consument en hierop wordt repressief toezicht gehouden en zonodig gaat de Energiekamer over tot handhaving.

In het stads- en streekvervoer concurreren de ondernemingen met elkaar om de gunst van de aanbestedende overheid. Dit betekent dat de prikkel om zo goed mogelijk te presteren na het verkrijgen van de concessie minder sterk is. In beginsel is de concessiehouder immers gehouden om de concessienormen na te leven en niet meer dan dat, hoewel dit laatste maatschappelijk wenselijk kan zijn. Dit gegeven legt een hoge druk op de inhoud van de concessie. Hoewel van de ondernemingen innovatie wordt verwacht, komt dit onvoldoende van de grond omdat de concessies vaak worden 'dichtgeregeld'.

In de kabelsector concurreren de ondernemingen om de gunst van de consument. Op deze ondernemingen wordt toezicht gehouden door OPTA.

9.3.7.4 Consumenten

In de drinkwatersector heeft de consument geen keuze. Dit geldt ook in de elektriciteitssector voor zover het gaat om netbeheer en in het stads- en streekvervoer waar de overheid de keuzes maakt. Op de leveringsmarkt in de elektriciteitssector en in de kabelsector wordt rechtstreeks geconcentreerd om de gunst van de consument. In deze twee gevallen heeft de consument wel keuzevrijheid.

9.3.8 Instrumenten

9.3.8.1 Inleiding

Eerder in deze studie is een driedeling aangebracht in functies van instrumenten, te weten: een ontwerp-, een controle- en een correctiefunctie.⁶ Als de wetgever kiest voor een bepaalde regulering na liberalisering van een sector, maakt hij daartoe een basaal marktontwerp. Voorzover sprake is van een markt vinden daar afwegingen tussen verschillende publieke belangen plaats. Instrumenten met een controlefunctie zijn in feite aan te merken als mogelijkheden die de overheid in staat stellen om na te gaan of de gestelde normen worden nageleefd en of het afwegen van publieke belangen – het samenspel van instrumenten met een ontwerpfunctie – tot een aanvaardbaar resultaat heeft geleid. In de praktijk kan dit plaatsvinden door de uitoefening van toezicht in enge zin of het kennisnemen van informatie.⁷ Instrumenten met een correctiefunctie zorgen ervoor dat ingrijpen mogelijk is als blijkt dat publieke belangen

⁶ Zie paragraaf 4.1.2.

⁷ In (niet-juridische) literatuur wordt toezicht vaak gehanteerd als koepelbegrip waaronder zowel de toezicht op de naleving als de handhaving van de normen moet worden begrepen. Hier wordt met toezicht uitsluitend het controleren van de naleving bedoeld en met handhaven het optreden tegen de niet naleving. Hierover uitgebreider paragraaf 4.1.2.

niet worden geborgd. Dit betreft handhaving van de niet-naleving van de gestelde normen of een andere vorm van ingrijpen waarvoor geen norm hoeft te zijn overtreden. Hierna worden achtereenvolgens de drie functies van instrumenten besproken in relatie tot de vier onderzochte sectoren.

9.3.8.2 Instrumenten met een ontwerpfunctie

In de drinkwatersector is geen sprake van concurrentie. Men kan zich afvragen of wel sprake is van een markt. In belangrijke mate zijn al door de nationale wetgever afwegingen gemaakt met betrekking tot de publieke belangen zoals het kwaliteitsniveau en de toelaatbare tarieven. Wanneer als gevolg van de prestatievergelijking hieraan iets moet veranderen, moet de wetgever of de betrokken minister dit doen (met behulp van corrigerende instrumenten). Het afwegen van publieke belangen vindt dus plaats door de nationale wetgever en de minister en daarmee worden publieke belangen onder volledige politieke verantwoordelijkheid geïdentificeerd.

In de elektriciteitssector is in het netbeheer geen sprake van concurrentie. Door de nationale wetgever en door de Energiekamer worden normen gesteld inzake tarieven en efficiëntie. Op grond van de wet doen de netbeheerders voorstellen voor hun eigen tarieven, maar dit betekent in juridische zin geen doorslaggevende invloed. Op de leveringsmarkt concurreren leveranciers om de gunst van de consument. De ervaringen in de elektriciteitssector leren dat de bereidheid om over te stappen bij consumenten gering is.⁸ Om zijn keuzevrijheid op een goede manier te benutten heeft de consument betrouwbare informatie nodig waarop hij zich kan baseren. Zonder deze informatie werkt het marktmechanisme niet als afrekenmechanisme.

In het stads- en streekvervoer worden de publieke belangen tegen elkaar afgewogen door de vervoersautoriteit door het verlenen van de concessie aan de vervoerder die dit het beste kan uitoefenen, bijvoorbeeld voor de beste prijs. Bij het bepalen van de inhoud van de concessie en de verlening ervan worden de publieke belangen tegen elkaar afgewogen.

In de kabelsector is sprake van concurrentie. Ook hier geldt derhalve dat betrouwbare informatie zeer belangrijk is voor de consument om zijn keuze op te baseren.

9.3.8.3 Instrumenten met een controlefunctie

Als publieke belangen met behulp van instrumenten met een ontwerpfunctie onvoldoende worden geborgd, moet dit aan het licht komen. Hiervoor zijn instrumenten met een controlefunctie van groot belang. Om te kunnen controleren of (i) de tot het marktontwerp behorende normen worden nageleefd en (ii) de werking van de instrumenten met een ontwerpfunctie tot onaanvaardbare resultaten leidt, zijn instrumenten nodig.

In de drinkwatersector kan de naleving van de normen en de uitkomst van het marktontwerp worden geconstateerd met behulp van de prestatievergelijking, verschillende vormen van verslaggeving en toezicht in enge zin door daartoe aangewezen ambtenaren.

In de elektriciteitssector geldt ook dat in het marktontwerp voor het netbeheer de overheid zeer veel invloed heeft. Op de leveringsmarkt is sprake van concurrentie. De controle van de uitkomst van de werking van het marktontwerp en de naleving van de vastgestelde normen krijgt vorm door toezichtbevoegdheden, verslagplichten en informatieplichten.

⁸ Zie paragraaf 6.5.4.3.

De vervoersautoriteit heeft in het stads- en streekvervoer behoefte aan informatie om te bepalen of de aan de concessie verbonden voorschriften worden nageleefd. Hiertoe moeten op grond van de Wp2000 voorschriften aan de concessie verbonden worden inzake financiële verantwoording en informatieverplichtingen.

In de kabelsector kunnen zowel de minister van Economische Zaken als OPTA van een ieder en te allen tijde inlichtingen vorderen¹ die zij nodig hebben voor de uitvoering van hun taken op grond van de Telecommunicatiewet.

9.3.8.4 Instrumenten met een correctiefunctie

Als op basis van de controle blijkt dat (i) de vastgestelde publieke belangenafweging niet wordt nageleefd of (ii) de instrumenten met een ontwerpfunctie niet tot de gewenste resultaten leiden, zijn instrumenten nodig om vervolgens in te grijpen om dit resultaat te corrigeren. Als sprake is van het niet naleven van normen, moeten deze worden gehandhaafd. Als de instrumenten met een ontwerpfunctie niet goed functioneren, bestaat behoefte aan andere instrumenten om in te grijpen.

In de drinkwatersector kunnen de normen uit en gebaseerd op de Drinkwaterwet bestuursrechtelijk worden gehandhaafd en een aantal strafrechtelijk. Daarnaast kan er ook in één geval worden ingegrepen buiten de niet-naleving van normen om. De minister van VROM kan namelijk regels vaststellen en ingrijpen als de volksgezondheid in gevaar is. Als de totstandgekomen publieke belangenafweging niet deugt op een ander vlak – omdat de tarieven bijvoorbeeld te hoog uit blijken te vallen volgens het parlement – moet deze afweging door de nationale wetgever of de Kroon of de minister worden gewijzigd in de Drinkwaterwet of daarop gebaseerde wetgeving.

In de elektriciteitssector zijn voor het netbeheer de handhavingsbevoegdheden op grond van de Elektriciteitswet de belangrijkste corrigerende instrumenten. Het kan gaan om een bestuurlijke boete, een last onder bestuursdwang, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing. Er kan zelfs een zogenaamde stille curator worden aangesteld bij een netbeheerder. In al deze gevallen gaat het om de niet-naleving van de op de Elektriciteitswet gebaseerde normen. Buiten de niet-naleving van normen kan niet door de minister van EZ worden ingegrepen bij ongewenste situaties.

Ook op de leveringsmarkt in de elektriciteitssector zijn handhavingsbevoegdheden de belangrijkste corrigerende instrumenten. Het gaat dan om handhaving van de voorschriften die zijn verbonden aan leveringsvergunning voor kleinverbruikers. Als een energieleverancier failliet gaat, treedt de regeling inzake de noodleverancier in werking.

Als de vervoersautoriteit constateert dat voorschriften verbonden aan de concessie niet worden nageleefd, kunnen deze normen bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Indien achteraf blijkt dat ondanks de correcte naleving van een ongewenste uitkomst sprake is, kan de vervoersautoriteit niet eenzijdig ingrijpen. Het tweezijdig karakter van de concessie staat hieraan in de weg. De enige manier is om in overleg te treden met de vervoerder. De minister van Verkeer en Waterstaat staat op afstand en zal in dit geval niet kunnen ingrijpen.

Zowel de normen waaraan kabelbedrijven zijn gehouden als de vordering tot inlichtingen kan bestuursrechtelijk worden gehandhaafd door middel van een bestuurlijke boete, een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Naast bestuursrechtelijke handhaving kan de minister van Economische Zaken in bijzondere omstandigheden bovendien een aanwijzing geven met betrekking tot de instandhouding en exploitatie van de kabelnetwer-

ken en het verzorgen en gebruiken van hun diensten die moet worden opgevolgd op straffe van bestuursrechtelijke handhaving.

9.3.9 Terugkerend voorbeeld: tarieven

Gebleken is dat de invloed op de tarieven in elke sector op verschillende wijze wordt gereguleerd. In de drinkwatersector zijn verschillende instrumenten om de tarieven te reguleren. Ten eerste is in de Drinkwaterwet vastgelegd dat de tarieven kostendekkend, transparant en niet-discriminerend moeten zijn. Verder ligt op grond van de wet vast welke methode de drinkwater tarieven moeten worden berekend. Eén onderdeel van deze formule, de zogenaamde maximale vermogenskostenvoet, wordt jaarlijks door de minister van VROM vastgesteld. De naleving hiervan kan door de minister worden gehandhaafd. De invloed van de minister op de tarieven is hiermee doorslaggevend en daarmee komt de tariefregulering onder volledige politieke verantwoordelijkheid tot stand. De vraag rijst welke ruimte er nog is voor de aandeelhoudersvergadering die op grond van de Drinkwaterwet uiteindelijk bevoegd is om de tarieven vast te stellen. Mijns inziens is deze ruimte hooguit marginaal.

In het stads- en streekvervoer worden in de concessie afspraken gemaakt tussen de vervoersautoriteit en de vervoerder over de te hanteren tarieven. Deze afspraken worden door de vervoersautoriteit gehandhaafd. De vervoersautoriteit is een provincie of een samenwerkingsverband van verschillende gemeenten. Ook deze bevoegdheid om de tarieven te reguleren wordt derhalve onder politieke verantwoordelijkheid uitgeoefend. Deze politieke verantwoordelijkheid is niet bij elke vervoersautoriteit identiek. Waar bij de provincies in beginsel sprake is van rechtstreekse politieke verantwoordelijkheid, is bij de WGR-plusregio's sprake van zogenaamde getrapte politieke verantwoordelijkheid. Los hiervan betekent dit voor het nationale niveau dat als de publieke belangenafweging ertoe leidt dat het parlement de minister hierover ter verantwoording roept, deze laatste zal moeten aangeven dat hij met lege handen staat en niet kan ingrijpen.

In de elektriciteitssector worden verschillende tarieven verschillend gereguleerd. De rekenmethode voor de transporttarieven wordt door de minister vastgesteld en de tarieven zelf worden door de Energiekamer vastgesteld. De rekenmethode voor de transporttarieven komt derhalve onder volledige politieke verantwoordelijkheid tot stand. De leveringstarieven worden in beginsel achteraf gereguleerd. Als blijkt dat onredelijke tarieven worden gehanteerd, kan de Energiekamer een maximumtarief vaststellen. De bevoegdheid om de transporttarieven vast te stellen en erop toe te zien dat de leveringstarieven redelijk zijn, wordt onder beperkte ministeriële verantwoordelijkheid uitgeoefend. Dit betekent dat als de minister wordt gevraagd om een bepaalde energieleverancier die excessieve tarieven hanteert aan te pakken, hij dit zal moeten overlaten aan de Energiekamer. Hij kan de Energiekamer op de leverancier attenderen, maar kan niet eisen dat de leverancier wordt aangepakt, omdat hij alleen algemene en geen bijzondere aanwijzingen kan geven.

De tarieven die kabelexploitanten doorberekenen aan de consument worden in beginsel niet gereguleerd. OPTA heeft wel de bevoegdheid om in te grijpen in de tarieven als blijkt dat onvoldoende concurrentie tot stand komt. Deze bevoegdheid bestaat niet op het moment dat vanwege andere redenen te hoge tarieven worden gehanteerd. Ook hier geldt dat de minister van Economische Zaken beperkt politiek verantwoordelijk kan worden gehouden voor het al dan niet ingrijpen door OPTA.

9.3.10 Conclusie

Al met al wordt in deze sectoren door de wetgever in belangrijke mate vertrouwd op concurrentie om publieke belangen te bereiken. Uiteraard is er flankerend beleid, maar waar sprake is van concurrentie wordt niettemin verwacht dat de onzichtbare hand van de markt leidt tot een of misschien wel de meest aanvaardbare uitkomst van de afweging tussen publieke belangen. Hiervoor is al eens opgemerkt dat de praktijk weerbarstiger is gebleken dan deze theorie. Daarom is het van belang dat de betrokken minister kan ingrijpen als de afweging van publieke belangen tot onaanvaardbare gevolgen blijkt te leiden. Uit deze analyse komt naar voren dat de minister in een aantal cruciale gevallen met lege handen staat. Zo kan de minister van Verkeer en Waterstaat niet ingrijpen als problemen ontstaan in de uitvoering van het stads- en streekvervoer, waarbij bijzonder in het oog springt dat de nationale politiek geen invloed meer zal kunnen uitoefenen op de gehanteerde tarieven. De minister van EZ zal niet rechtstreeks kunnen ingrijpen als een elektriciteitsleverancier onredelijke tarieven hanteert en als dit gebeurt in de kabelsector, heeft de minister ook geen bevoegdheden om in te grijpen. Dit heeft tot gevolg dat het parlement in deze gevallen waarvan in confesso is dat het diensten zijn die een groot maatschappelijk nut hebben, de minister ter verantwoording moet roepen omdat hij niet over bevoegdheden beschikt om in te grijpen.⁹

⁹ Zie over deze uitleg van ministeriële verantwoordelijkheid paragraaf 3.6.2.3.

9.4 Afwegingskader regulering nutssectoren

9.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt op grond van de onderhavige studie een afwegingskader geformuleerd op basis waarvan bij het reguleren van markten in nutssectoren tot een afgewogen inzet van instrumenten kan worden gekomen. Aan de hand van dit afwegingskader kunnen de keuzes voor regulering in nutssectoren worden gemaakt en geëvalueerd.

Met dit afwegingskader wordt beoogd een bijdrage te leveren aan reguleringskeuzes door de nationale wetgever (wetgever). Het is niet alleen van nut voor de wetgever en de ambtenaren die betrokken zijn bij de totstandkoming van wetgeving en regulering. Het kan ook worden toegepast in het kader van een evaluatie van de bestaande wetgeving. Dit kader maakt het mogelijk na te gaan of bepaalde keuzes die wellicht voortvloeien uit historische situaties bij een nadere analyse al dan niet heroverweging vergen. Het afwegingskader is hier beperkt tot de in dit onderzoek besproken instrumenten. Het is evenwel gericht op en staat open voor uitbreiding met andere instrumenten.

Zoals in de inleiding (hoofdstuk 1) aangekondigd, vormt het stappenplan dat destijds door het kabinet is gepresenteerd in de reeds vaker aangehaalde nota Publieke belangen en marktordening het vertrekpunt voor het denken over dit op te stellen afwegingskader. In hoofdstuk 3 is ingegaan op de keuze voor deze nota als vertrekpunt gemotiveerd en is de nota vervolgens van kritiek voorzien.¹⁰ Deze kritiek mondt samen met de hoofdstukken 1 tot en met 3 uit in de eerste vier stappen van het hierna te presenteren afwegingskader (9.5.2). Deze eerste vier stappen behelzen afwegingen in het kader van het EU-recht (9.5.2.1), van publieke belangen (9.5.2.2), van de keuze voor een concurrentiemodaliteit (9.5.2.3) en van de betrokken partijen (9.5.2.4). Hierna wordt aan de eerste vier stappen van het afwegingskader een vijfde stap toegevoegd waarin wordt aangegeven welke van de hier geanalyseerde instrumenten een rol zouden kunnen spelen in een gekozen concurrentiemodaliteit en welke aandachtspunten hierbij op grond van dit onderzoek onder ogen zouden moeten worden gezien (9.5.3). Daarna zal het afwegingskader op schematische wijze worden weergegeven (9.5.4). Ten slotte wordt de betekenis van het afwegingskader voor de regulering van de onderzochte sectoren getoetst en worden op basis hiervan aanbevelingen geformuleerd (9.5.5).

9.4.2 Eerste vier stappen afwegingskader

9.4.2.1 EU-recht

Het EU-recht speelt een buitengewoon belangrijke rol bij de regulering van nutssectoren en de analyse van het toepasselijke EU-recht mag daarom niet ontbreken in een afwegingskader voor de nationale wetgever. In hoofdstuk 2 bleek dat het van belang is voor de nationale wetgever om, voordat reguleringskeuzes worden gemaakt, nauwlettend te bezien welke ruimte nog over is om keuzes te maken en op welke wijze deze ruimte het best kan worden ingevuld. Het EU-recht geeft de kaders weer waarbinnen de nationale wetgever kan opereren. In hoofdstuk 4 is bij de behandeling van de verschillende functies van wetgeving naar voren gekomen dat het VWEU een kaderstellende functie vervult. Om deze reden vormt het toepassen van het EU-recht de eerste stap in het afwegingskader.

¹⁰ Zie paragraaf 3.7.

In hoofdstuk 2 is geconstateerd dat het EU-recht op drie verschillende manieren kan omgaan met de spanning tussen de markt en publieke belangen. Ten eerste kan men aan de lidstaten volledige soevereiniteit toekennen. Ten tweede kan het primaire EU-recht van toepassing zijn, maar kunnen daarop uitzonderingen gerechtvaardigd zijn en ten slotte kan het EU-recht zelf met sectorale oplossingen komen.¹¹ In het afwegingskader komen deze manieren alle drie aan de orde.

De eerste vraag luidt of er sectorspecifieke EG-regelgeving van toepassing is op de betrokken sector (I. A). Deze vraag ziet op de derde manier om met de spanning tussen de markt en publieke belangen om te gaan. De vraag zou ook als volgt kunnen worden geformuleerd: is het EU-recht zelf met sectorale oplossingen gekomen in de vorm van secundaire regelgeving? Als dit het geval is, moet worden onderzocht welke verplichtingen voor de nationale wetgever uit dit EU-recht voortvloeien, en waar en in hoeverre deze nog vrijheid heeft ten aanzien van het identificeren van publieke belangen, de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit en bepaalde instrumenten (I.A. 1-3).¹²

Als er geen sectorspecifieke regelgeving van toepassing is, of als de betrokken sector-specifieke regelgeving niet uitputtend is bedoeld, moet worden nagegaan of en in hoeverre de diensten die worden verleend en de goederen die worden geleverd aan te merken zijn als diensten van algemeen niet-economisch belang (DANEB) of diensten van algemeen economisch belang (DAEB) (I.B).¹³ Op deze verschillende soorten diensten zijn verschillende regels van toepassing. Als sprake is van diensten die geen economisch karakter hebben, is het primaire EU-recht niet van toepassing. Dat betekent dat de lidstaat vrij is om zelf de regulering van de betrokken sector te bepalen. Dit is de eerste manier om met de spanning tussen de markt en publieke belangen om te gaan: aan de lidstaten komt op dit punt volledige soevereiniteit toe. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat de toepassing van het EU-recht deels afhankelijk is van de wijze van organisatie van de sector. Als de sector zodanig wordt ingericht dat zij op het solidariteitsbeginsel is gestoeld, puur een sociale functie vervult en niet op winst is gericht, kan door het Hof worden geconcludeerd dat sprake is van DANEB. De verrichte diensten hebben op grond van deze criteria geen economisch karakter. Een entiteit die DANEB verricht, is geen ondernemingen in de zin van het EU-recht en het EU-recht is derhalve op dat handelen niet van toepassing (I.B.1).¹⁴ Dit lijkt voornamelijk in nutssectoren een uitzondering te zijn, maar kan ook niet worden uitgesloten.

Als sprake is van DAEB, hetgeen vaak in nutssectoren het geval is, betekent dit dat het EU-recht in beginsel volledig van toepassing is (I.B.2).¹⁵ Dit is de tweede manier van het omgaan met de spanning tussen de markt en publieke belangen: het primaire EU-recht is in beginsel van toepassing, maar mogelijk kunnen uitzonderingen worden gerechtvaardigd.

Als sprake is van een dienst of goed in de zin van het VWEU, niet zijnde van algemeen belang, is het primaire EU-recht van toepassing (I.B.3).¹⁶ Vervolgens moet in deze laatste twee gevallen (I.B.2 en I.B.3) worden gezien of en in hoeverre uitzonderingen op het mededingingsrecht en de regels van het vrij verkeer van toepassing zijn (I.C).

¹¹ Zie over deze drie manieren paragrafen 2.1.1 en 2.7.2.

¹² Zie voor het antwoord op deze vraag voor de onderzochte sectoren de paragrafen 5.3, 6.3, 7.3 en 8.3.

¹³ Zie over deze begrippen in het algemeen paragraaf 2.2.

¹⁴ Zie paragraaf 2.4.2.

¹⁵ Zie paragraaf 2.2 (tweede manier: primair EU-recht van toepassing, uitzonderingen mogelijk gerechtvaardigd).

¹⁶ Zie paragraaf 2.2.

Voor een geslaagd beroep op een uitzondering op het mededingingsrecht moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan (I.C.1). Ten eerste moet sprake zijn van een onderneming die is belast met het verrichten van DAEB. Ten tweede moet de aan deze onderneming toevertrouwde taak door het mededingingsrecht worden verhinderd. Dit is de zogenaamde proportionaliteitstoets. En ten derde mag geen sprake zijn van strijdigheid met het belang van de EU.¹⁷

Voor een geslaagd beroep op een uitzondering op de regels van het vrij verkeer moet ook aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Ten eerste moet sprake zijn van een algemeen belang exceptie en ten tweede moet de beperking van het vrij verkeer proportioneel zijn. Hier geldt een strenge proportionaliteitstoets. Dit betekent dat er geen andere mogelijkheid met een minder ingrijpende beperking mag zijn om hetzelfde doel te bereiken.¹⁸

¹⁷ Zie paragraaf 2.4.5 en 2.6.

¹⁸ Zie paragraaf 2.3.

Dit resulteert in de volgende eerste stap van het afwegingskader:

I. EU-recht

A. Is een sectorspecifiek EU-rechtelijk marktordeningsregime of een ander sectorspecifieke regeling van toepassing op de betrokken nutssector?

Zo ja, welke beperkingen vloeien daaruit voort voor de keuzes ten aanzien van:

1. publieke belangen;
2. concurrentiemodaliteiten, en
3. instrumenten.

B. Als geen sectorspecifiek EU-rechtelijk marktordeningsregime van toepassing is of dit niet uitputtend is bedoeld: in hoeverre is het primaire EU-recht van toepassing op de diensten en goederen geleverd in de betrokken nutssector?

Om vast te stellen in hoeverre het primaire EU-recht van toepassing is, moeten de volgende vragen worden beantwoord.

1. Is sprake van diensten van algemeen niet-economisch belang? In dat geval is het VWEU in beginsel niet van toepassing;
2. Is sprake van diensten van algemeen economisch belang? In dat geval is het VWEU van toepassing.
3. Is sprake van diensten en goederen in de zin van het VWEU? In dat geval is het VWEU van toepassing.

C. Als het VWEU van toepassing is, zou dan een geslaagd beroep kunnen worden gedaan op:

1. De uitzondering op het mededingingsrecht van artikel 106 lid 2 VWEU?

Dit is het geval als aan de volgende eisen wordt voldaan:

- er is sprake van een onderneming belast met een DAEB;
- de toepassing van de mededingingsregels verhindert de toevertrouwde taak, en
- er is sprake van strijd met het belang van de gemeenschap.

2. De uitzonderingen op de regels van het vrij verkeer?

Dit is het geval als aan de volgende eisen wordt voldaan:

- er is sprake van een dwingende reden van algemeen belang (of exceptie), en
- de belemmering is gelet op het te bereiken algemeen belang proportioneel.

NB. Het beantwoorden van vraag I.C.1 en 2 is afhankelijk van de laatste stand van de jurisprudentie. In hoofdstuk 2 is geconcludeerd dat niet volledig duidelijk is in hoeverre uitzonderingen door het Hof gerechtvaardigd zullen worden geacht omdat de proportionaliteitstoetsen van het mededingingsrecht en het vrij verkeer door de tijd heen door het Hof en het Gerecht verschillend worden uitgelegd.¹⁹

¹⁹ Voor de specifieke afwegingen zie paragraaf 2.6.

9.4.2.2 Publieke belangen

Nadat duidelijk is geworden welke ruimte de nationale wetgever heeft om te reguleren onder het EU-recht is het van belang te identificeren welke publieke belangen met de regulering worden nagestreefd. De vraag naar publieke belangen gaat vooraf aan de vraag naar de concurrentiemodaliteit en de instrumenten aangezien eerst moet worden vastgesteld welke doelen men wil bereiken in de betrokken sector. Onder publieke belangen worden in dit onderzoek verstaan: alle doelen die de overheid in een bepaalde sector voor ogen heeft, ongeacht of deze door overheidsbemoeienis of door (het door de overheid faciliteren van) private partijen worden geborgd.²⁰ De belangrijkste publieke belangen in nutssectoren die door de wetgever zijn vastgesteld, zijn: leveringszekerheid en continuïteit, bescherming van de gebonden consument, universele dienstverlening, kwaliteit, milieu en volksgezondheid.²¹

Eerst moet worden vastgesteld welke publieke belangen reeds uit het EU-recht voortvloeien (II.A).²² Het is van groot belang dat de nationale wetgever vervolgens, voor zover dat mogelijk is, de publieke belangen die zij voor ogen heeft met regulering van een nutssector als zodanig identificeert (II.B). Gelet op de aard van publieke belangen is het echter niet altijd mogelijk om publieke belangen meteen tot achter de komma vast te leggen. Zoals in hoofdstuk 3 naar voren kwam, zijn zij immers soms veranderlijk in de tijd, onderling tegenstrijdig en moeten zij daarom tegen elkaar worden afgewogen.²³ Zij kunnen niet altijd en allemaal op voorhand door de wetgever worden afgewogen omdat juist in situaties waarin veel van marktwerking wordt verwacht, de uitkomst van het proces van vraag en aanbod niet vooraf is vast te leggen. Niettemin is het van belang dat de wetgever de publieke belangen zoveel mogelijk identificeert en waar mogelijk ertussen een hiërarchie aanbrengt en waar dit niet mogelijk is onder ogen ziet door wie de afweging tussen de belangen anders plaatsvindt. In de sectorhoofdstukken bleek dat dit in de onderzochte sectoren niet altijd is gebeurd.²⁴

Dit resulteert in een tweede stap die aan het afwegingskader kan worden toegevoegd:

II. Publieke belangen

A. Welke publieke belangen vloeien eventueel voort uit het EU-recht (I.A.1)?

B. Welke publieke belangen identificeert de nationale wetgever (al dan niet in abstracto)?

9.4.2.3 Keuze concurrentiemodaliteit

De derde stap in het afwegingskader behelst de keuze voor een concurrentiemodaliteit. Deze keuze wordt ingegeven door de economische kenmerken van een sector, waarbij het natuurlijk monopolie een cruciale rol speelt. Er zijn vijf verschillende concurrentiemodaliteiten waar-

²⁰ Zie paragraaf 3.5.2.

²¹ Zie paragraaf 3.5.4.

²² Zie voor de publieke belangen die uit het EU-recht voortvloeien in de onderzochte sectoren de paragrafen 5.4.2, 6.4.2, 7.4.2 en 8.4.2.

²³ Zie paragraaf 3.5.3.

²⁴ Zie voor de al dan niet expliciete vastlegging en bepaling van de hiërarchie door de nationale wetgever in de onderzochte sectoren de paragrafen 5.4.4, 6.4.4, 7.4.4 en 8.4.4.

uit kan worden gekozen: concurrentie tussen markten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt, maatstafconcurrentie (een prestatievergelijking met afrekenmechanisme) en geen concurrentie, waartoe de prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme kan worden gerekend.²⁵ Het centrale economische kenmerk dat regulering in nutssectoren rechtvaardigt, is de aanwezigheid van een natuurlijk monopolie.²⁶ Dit houdt verband met het gegeven dat nutsdiensten vaak worden geleverd door middel van een infrastructuur die hoge verzonken kosten met zich brengt, waardoor duplicatie niet rendabel is. Bovendien is een dergelijke nutsdienst moeilijk substitueerbaar.²⁷

Op het moment dat sprake is van een natuurlijk monopolie, is concurrentie tussen marktsegmenten geen reële optie. Dit is geen vaststaand gegeven. Door technologische ontwikkelingen kan een natuurlijk monopolie minder sterk worden, zoals is gebleken in de telecommunicatiesector, waar nieuwe technologieën onder andere mobiele telecommunicatie mogelijk maakten.²⁸ De andere drie concurrentiemodaliteiten zijn reële opties in de situatie van een natuurlijk monopolie. Voor concurrentie op de markt is het van belang of het natuurlijk monopolie, veelal de infrastructuur in nutssectoren, kan worden opgedeeld in verschillende onderdelen waar op bepaalde onderdelen van de sector wel concurrentie wordt mogelijk gemaakt terwijl in andere onderdelen het monopolie gehandhaafd blijft. Als dit mogelijk is, dan kan voor concurrentie op de markt worden gekozen.

Daarnaast is concurrentie om de markt een mogelijkheid. Hiervoor is van belang dat de praktische kenmerken van de sector zodanig zijn dat het mogelijk en niet te kostbaar is om periodiek het monopolie over te dragen.

Ten slotte is er ook de optie om niet voor concurrentie te kiezen. Dit kan door een periodieke prestatievergelijking in te voeren, al dan niet met de mogelijkheid om de monopolist af te rekenen op ondermaats presteren. Een andere optie, als vergelijkingen moeilijk te maken zijn, is om de nutsdienst in beheer van de overheid te laten verrichten.

Als in een nutssector niet of niet langer sprake is van een natuurlijk monopolie dan is ook concurrentie tussen marktsegmenten mogelijk en dit kan ook voor de hand liggend zijn. Er is dan vanuit economisch perspectief immers een vruchtbare situatie aanwezig voor concurrentie. Andere beperkingen en overwegingen kunnen evenwel leiden tot de keuze voor een andere concurrentiemodaliteit.

Het voorgaande resulteert in een derde stap die aan het afwegingskader kan worden toegevoegd:

III. Concurrentiemodaliteiten

A. Schrijft het EU-recht een bepaalde concurrentiemodaliteit voor (I.A.3)?

B. Als de wetgever zelf een concurrentiemodaliteit kan kiezen, is er (nog steeds) sprake van een natuurlijk monopolie (al dan niet vanwege infrastructuur)?

Zo ja, dan zijn er verschillende concurrentiemodaliteiten mogelijk:

1. Concurrentie op de markt (wanneer het mogelijk is de sector onder te verdelen in concurrerende en niet concurrerende delen);

²⁵ Zie paragraaf 3.7.3-3.7.6.

²⁶ Zie paragraaf 3.3.2.2 en 3.3.3.3.

²⁷ Zie paragraaf 3.3.

²⁸ Zie paragraaf 3.7.3.

2. Concurrentie om de markt (wanneer de sector niet kan worden onderverdeeld in concurrerende en niet-concurrerende delen en het praktisch haalbaar is om periodiek het monopolie over te laten dragen);
3. Een prestatievergelijking met afrekenmechanisme (als zinvolle vergelijkingen zijn te maken: bij regionale monopolies of bij nationale monopolies (als internationaal vergelijkbaar))
4. Geen concurrentie (wanneer de sector niet kan worden onderverdeeld in concurrerende en niet-concurrerende onderdelen en het praktisch onhaalbaar is of om andere redenen onwenselijk om periodiek het monopolie over te dragen):
 - a. prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme (als zinvolle vergelijkingen zijn te maken: bij regionale monopolies of bij nationale monopolies (als internationaal vergelijkbaar);
 - b. eigen uitvoering overheid op andere wijze.

Als geen sprake is van een natuurlijk monopolie, is concurrentie tussen marktsegmenten ook mogelijk en in beginsel het meest voor de hand liggend.

9.4.2.4 Keuze partijen

In deze vierde stap van het afwegingskader wordt onder ogen gezien door wie zij (nader) zouden moeten worden geïdentificeerd en tegen elkaar afgewogen gegeven de gekozen concurrentiemodaliteit (II.C). De eerste vraag die daarbij rijst is of de betrokken publieke belangen door de overheid moeten worden geïdentificeerd en of dit al dan niet onder volledige politieke verantwoordelijkheid zou moeten gebeuren (II.D).²⁹ Als het identificeren en afwegen van publieke belangen zou moeten plaatsvinden door private partijen, moet onder ogen worden gezien of zij daartoe over voldoende instrumenten beschikken (II.E). Hierop wordt hier nog geen antwoord gegeven. Dit komt nader aan de orde bij de keuze van instrumenten per concurrentiemodaliteit onder stap V van het afwegingskader.

Het is van belang scherp voor ogen te houden dat er een verschil is tussen het identificeren en het borgen van publieke belangen. De eerste situatie ziet op het beslissen over de inhoud van het betrokken publieke belang en het daartoe eventueel tegen elkaar afwegen van de verschillende publieke belangen. De tweede situatie ziet op het zorgen dat het publieke belang in kwestie, het doel, daadwerkelijk wordt gehaald. Soms zijn deze situaties goed te scheiden, soms vallen zij samen. Als bijvoorbeeld de wetgever vaststelt dat een dienst moet worden geleverd tegen een bepaalde vaste prijs, identificeert de wetgever dit publieke belang en met behulp van het instrument sturende wetgeving en toezicht en handhaving wordt dit publieke belang geborgd. Uiteindelijk vindt de uitvoering zelf plaats door de betrokken onderneming. Als aan private partijen op de markt wordt overgelaten wat de prijs zal zijn van een nutsdienst, wordt de uitkomst en de mate waarin de publieke belangen daadwerkelijk geborgd worden door de marktpartijen bepaald. Hoewel het dan wellicht moeizaam is om te spreken van een 'afweging' zoals daarvan bij de overheid sprake is, valt het borgen en identificeren in dit laatste geval samen.

Het voorgaande resulteert in een vierde stap die aan het afwegingskader kan worden toegevoegd:

²⁹ Zie paragraaf 3.6.2.

IV. Keuze partijen

A. Welke publieke belangen moeten, gegeven de in stap III gekozen concurrentiemodaliteit, met en welke zonder overheidsbemoeienis worden geborgd?

B. Door wie moeten publieke belangen die met overheidsbemoeienis worden geborgd, worden geïdentificeerd en afgewogen?

1. de wetgever;
2. een ander overheidsorgaan (onder politieke verantwoordelijkheid);
3. een marktautoriteit (onder beperkte politieke verantwoordelijkheid).

9.4.3 Vijfde stap van het afwegingskader: concurrentiemodaliteiten en instrumenten

9.4.3.1 Inleiding

In het onderstaande wordt ingegaan op de vijfde stap van het afwegingskader. Na de analyse van het toepasselijke EU-recht, het identificeren van de publieke belangen en de keuze voor de concurrentiemodaliteit en de partijen, wordt nu ingegaan op de wijze waarop de hier onderzochte instrumenten bij de gekozen concurrentiemodaliteit zouden moeten of kunnen worden ingezet. Hierna wordt per concurrentiemodaliteit uitgewerkt op welke wijze de instrumenten volgens mij zouden moeten of kunnen worden ingezet.

Hierbij heb ik een onderscheid gemaakt tussen een ontwerp-, een controle- en een correctiefunctie die door de instrumenten kan worden vervuld. Als eenmaal is gekozen voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, moet de markt vervolgens worden 'ingericht' met instrumenten die deze functies vervullen. De eerste stap is te bepalen met behulp van welke instrumenten de markt zal kunnen werken en op welke wijze de publieke belangen op een goede manier worden afgewogen en vastgesteld. Dit betreft de keuze voor de instrumenten met een ontwerpfunctie. Voor een deel kunnen publieke belangen door de wetgever worden afgewogen en vastgesteld, voor een deel door lagere regelgevers of bestuursorganen. Na het ontwerpen van de markt is het van belang vast te stellen hoe het best kan worden gecontroleerd of de betrokken publieke belangen worden geborgd: het toezicht in enge zin. Dit betreft de keuze voor instrumenten met een controlefunctie. Ten slotte moet worden vastgesteld welke instrumenten noodzakelijk zijn, als blijkt dat de publieke belangen niet worden geborgd, in te grijpen om ervoor te zorgen dat de publieke belangen alsnog worden geborgd en eventueel om overtredingen te handhaven.³⁰

De toepassing van het afwegingskader leidt uiteindelijk tot een antwoord op de vraag of de publieke belangen die zijn geïdentificeerd in stap II, kunnen worden geborgd met behulp van instrumenten, waarmee zowel het ontwerpen van de markt, het controleren van de markt en het corrigerend ingrijpen in de markt is verzekerd. Zoals eerder reeds is opgemerkt, kan dit afwegingskader worden uitgebreid met andere instrumenten en bijbehorende afwegingen.

Per concurrentiemodaliteit wordt hierna uitgewerkt welke van de hier onderzochte instrumenten daarbij kunnen worden ingezet en op welke wijze. Aan de orde komen steeds de

³⁰ Zie paragraaf 4.1.2.

in hoofdstuk 4 besproken instrumenten: sturende wetgeving, tariefregulering, openbaarmaking en informatieverstrekking, vergunning en concessie en ten slotte publiek aandeelhouderschap. Zoals eerder aangegeven, leent het afwegingskader zich voor uitbreiding met andere, hier niet onderzochte, instrumenten. Nu wordt eerst kort in herinnering gebracht wat de hier besproken instrumenten inhouden.

In elke concurrentiemodaliteit is sturende wetgeving noodzakelijk. Hoe meer rechtstreekse concurrentie plaatsvindt hoe minder gedetailleerd sturende wetgeving moet zijn. Waar sprake is van weinig rechtstreekse concurrentie groeit de ruimte voor detailnormering. Sturende wetgeving is een eenzijdig opgelegd en ingrijpend instrument. De mate van ingrijpendheid kan echter erg verschillen afhankelijk van de inhoud van de betrokken norm. Sturende wetgeving vervult een ontwerpfunctie.³¹

Tariefregulering speelt in veel nutssectoren een grote rol, zij het op verschillende manieren. Tariefregulering kan op verschillende juridische manieren vorm krijgen en op meer of minder ingrijpende wijze. Tarieven kunnen ex ante of ex post worden vastgesteld. Er kan algemene of sectorspecifieke tariefregulering plaatsvinden. Hoe meer sprake is van concurrentie in een bepaalde sector, hoe minder ingrijpend de tariefregulering zou moeten zijn. Tariefregulering kan een ontwerp- en een correctiefunctie vervullen.³²

Ook aan informatieverstrekking en openbaarmaking is in nutssectoren veel behoefte. Dit instrument kan een ontwerp-, controle- en een correctiefunctie vervullen. Des te meer sprake is van concurrentie des te belangrijker het is dat de betrokken partijen over betrouwbare en relevante informatie beschikken. Bij minder concurrentie is het vaak de toezichthouder die ter controle over informatie moet kunnen beschikken. Ten slotte kan informatie ook nog een correctiefunctie vervullen in de vorm van *naming and shaming*.³³

De vergunning en de concessie zijn klassieke juridische instrumenten die ook in nutssectoren veel worden gebruikt. Beide instrumenten bieden de overheid potentieel veel grip. De concessie is een instrument dat zich goed leent voor toepassing bij concurrentie om de markt. De vergunning wordt bij verschillende concurrentievormen gebruikt met een ontwerpfunctie. Doorgaans gaat het hierbij om een drempel om tot de markt toe te treden. Ik ben kritisch over het gebruik van de vergunning voor dit doel gelet op de vraagtekens die kunnen worden geplaatst bij de individuele belangenafweging bij bepaalde vergunningen in nutssectoren. De vergunning en concessie vervullen een ontwerpfunctie omdat zij instrumenten zijn die toegang tot de markt bieden. Aan de vergunning en concessie kunnen ook voorschriften met het oog op een controlefunctie worden verbonden, zoals het verschaffen van informatie. Ten slotte kunnen vergunning en concessie worden ingetrokken, hetgeen een corrigerend ingrijpen inhoudt.³⁴

Publiek aandeelhouderschap komt regelmatig voor in nutssectoren. Het instrument biedt weinig mogelijkheden om rechtstreeks in te grijpen in het borgen van publieke belangen. Het kan wel nuttig zijn om infrastructuur die van vitaal belang is in publieke handen te houden zodat er in crisissituaties relatief makkelijk kan worden ingegrepen. Publiek aandeelhouderschap is in beginsel een ontwerpinstrument. De aandeelhoudersbevoegdheden kunnen in beperkte mate worden benut om te controleren en in in te grijpen.³⁵

³¹ Zie paragraaf 4.2.

³² Zie paragraaf 4.3.

³³ Zie paragraaf 4.4.

³⁴ Zie paragraaf 4.5.

³⁵ Zie paragraaf 4.6.

Hierna wordt per concurrentiemodaliteit ingegaan op deze instrumenten. Achtereenvolgens komen aan de orde: concurrentie tussen marktsegmenten (9.4.3.2), concurrentie op de markt (9.4.3.3), concurrentie om de markt (9.4.3.4) en de prestatievergelijking (9.4.3.5).

9.4.3.2 Concurrentie tussen marktsegmenten

Als wordt gekozen voor concurrentie tussen marktsegmenten betekent dit dat het identificeren van en afwegen tussen publieke belangen voor een belangrijk deel in de markt plaats zou moeten vinden door private partijen in het concurrentieproces. Dit heeft tot gevolg dat er slechts beperkte mogelijkheden zouden moeten zijn om in te grijpen onder politiek-democratische controle. Het politiek-democratische ingrijpen zou immers waarschijnlijk de markt verstoren. De consequentie van de keuze voor concurrentie tussen markten zou een zekere terughoudendheid van de politiek moeten zijn om in te (willen kunnen) grijpen.

Het instrument sturende wetgeving heeft een ontwerpfunctie en speelt bij deze concurrentiemodaliteit een belangrijke rol (vergeleken met de andere instrumenten). De verklaring hiervoor is dat bij vergaande concurrentie weinig behoefte bestaat aan specifiek en concreet overheidsingrijpen. Daarom moet de overheid zich verlaten op het vaststellen van slechts de spelregels en waar nodig randvoorwaarden. Deze regels kunnen worden vastgelegd in sturende wetgeving. Door het vaststellen van sturende wetgeving kunnen de nationale en lagere regelgevers de randvoorwaarden (of spelregels) formuleren waarbinnen deze concurrentie kan plaatsvinden en het borgen van publieke belangen door private partijen op deze manier faciliteren en aan banden leggen. Het gaat hierbij uitdrukkelijk om randvoorwaarden omdat voor ingrijpende algemeen verbindende voorschriften over bijvoorbeeld de kwaliteit en prijs van de betrokken goederen en diensten zeer beperkt ruimte is in een sector waar wordt beoogd door concurrentie en derhalve de werking van de markt publieke belangen te borgen. Dit betekent dat hiermee rekening zal moeten worden gehouden bij de invulling van de normen zodat zij daadwerkelijk het karakter van randvoorwaarden en spelregels hebben.

Een voorbeeld van het stellen van een spelregel is dat de wetgever de ondernemingen verplicht zich aan te sluiten bij geschillencommissies. Hiermee worden consumenten beschermd en in staat gesteld op te treden tegen eventueel onrechtmatig gedrag van deze ondernemingen.

Een voorbeeld van sturende wetgeving die te ver zou gaan, als sprake is van concurrentie tussen marktsegmenten, is het opleggen van een aansluitplicht uit hoofde waarvan de ondernemingen gehouden zijn om een ieder die daarom verzoekt een aansluiting te verlenen. Een dergelijke vorm van economische regulering gaat in een relatief vrije markt te ver.

Omdat de spelregels hier de randvoorwaarden bepalen, is het minder bezwaarlijk dat deze regels eenzijdig (hiërarchisch) worden opgelegd en relatief inflexibel zijn. Wel is van belang dat waar mogelijk, deze regels op een lager niveau worden vastgesteld omdat zij dan eenvoudiger kunnen worden gewijzigd en eventueel door een marktautoriteit die over specifieke expertise van de betrokken sector beschikt. In dit laatste geval kan het gebrek aan politiek-democratische controle op deze sturende wetgeving waar nodig worden gecompenseerd door aan de betrokken minister een vernietigingsrecht toe te kennen (IV.A.1).

Daarnaast is in deze concurrentiemodaliteit informatieverschaffing en openbaarmaking met een ontwerpfunctie belangrijk om marktwerking als middel goed te laten functioneren. De consumenten moeten immers in staat zijn om een rationele keuze te maken om daadwerkelijke concurrentie tot stand te laten komen. Hiervoor moet betrouwbare en relevante informatie beschikbaar zijn. Zoals eerder aan orde is gekomen, kunnen vraagtekens worden

geplaatst bij het rationele gedrag van de consument. Dit betekent dat met het oog hierop in nutssectoren naar mijn mening een vorm van toezicht noodzakelijk zal blijven. Zo kan worden nagegaan of de informatie betrouwbaar en beschikbaar is maar ook in hoeverre de gewenste concurrentie daadwerkelijk tot stand komt (V.A.2).

Bij concurrentie tussen marktsegmenten is in beginsel geen ex ante tariefregulering noodzakelijk mits daadwerkelijk adequate concurrentie tot stand komt. Ingrijpende tariefregulering werkt marktverstoring en daarmee moet derhalve terughoudend worden omgegaan. Eventueel kan achteraf worden ingegrepen op grond van het algemene mededingingsrecht als de prijzen onredelijk hoog zijn. Daarnaast kan door middel van sturende wetgeving de verplichting worden opgelegd dat redelijke tarieven moeten worden gehanteerd in een overgangssituatie. Of dit laatste zou moeten plaatsvinden, hangt sterk af van de totstandkoming van daadwerkelijke concurrentie (V.A.3).

De vergunning wordt ook met een ontwerpfunctie ingezet in dit type gereguleerde markten. Hiervoor bleek reeds dat daaraan bezwaren kleven. Zij is een ingrijpend instrument en leent zich meer voor gevallen waarin een concrete belangenafweging plaatsvindt dan voor een situatie waarin alle vergunninghouders aan dezelfde normen worden onderworpen op grond van de vergunning. Bij concurrentie tussen markten zou een meldingsplicht en sturende wetgeving in de vorm van wetgeving naar mijn mening voldoende zijn (V.A.4).

Publiek aandeelhouderschap is gelet op de vergaande mate van concurrentie in beginsel niet aangewezen. Slechts indien sprake zou zijn van zeer vitale infrastructuur waarop publieke invloed op de lange termijn aangewezen zou zijn, zou hierover anders kunnen worden gedacht. In dit laatste geval moet echter scherp onder ogen worden gezien of deze overwegingen niet leiden tot een keuze voor een andere concurrentiemodaliteit gelet op de kennelijke aard en zwaarte van de betrokken publieke belangen (V.A.5).

Ten slotte (V.A.6) moet worden bezien aan welke overige instrumenten behoefte bestaat. Bestuursrechtelijke reparatoire sancties stellen de overheid in staat om een onrechtmatige situatie te herstellen. Hierbij hangt het van de feitelijke situatie af of een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang moet kunnen worden opgelegd. Een last onder bestuursdwang kan mogelijk sneller tot resultaat leiden omdat het betrokken bestuursorgaan zelf de situatie kan herstellen. Niet elke situatie leent zich echter voor het toepassen van bestuursdwang, zoals een handeling waarvoor veel technologische kennis is vereist. Daarnaast kan worden bezien of een bindende aanwijzing als handavingsinstrument nodig is. Uit de besproken toepassing van de bindende aanwijzing in de onderzochte sectoren komt naar voren dat deze vooral wordt ingezet als een tussenstap voordat tot handhaving door middel van andere sancties wordt overgegaan. Hieraan kan behoefte zijn in situaties waarin de rechten en plichten van de betrokkenen niet op voorhand helder zijn.³⁶

Het voorgaande resulteert in de vijfde stap die aan het afwegingskader kan worden toegevoegd:

³⁶ Aangezien ten aanzien van de overige instrumenten bij de verschillende concurrentiemodaliteiten dezelfde afwegingen gelden, wordt dit bij de volgende concurrentiemodaliteiten niet herhaald, maar wel in de schematische weergave geplaatst.

V.A. Concurrentie tussen marktsegmenten**1. Sturende wetgeving**

- alleen randvoorwaarden en spelregels, geen detailregulering (hiermee rekening houden bij aard en inhoud normen);
- bepalen niveau regelstelling. Kernbepalingen in de wet in formele zin, verder in verband met vereiste flexibiliteit op zo laag mogelijk niveau, sectorspecifieke marktautoriteit waar expertise van betrokken sector noodzakelijk is;
- voorzien in vernietigingsrecht op regels marktautoriteit gelet op gebrek aan democratische controle als noodzakelijk.

2. Openbaarmaking en informatieverstrekking

- de consument moet over relevante en betrouwbare informatie kunnen beschikken;
- de overheid moet op de hoogte kunnen komen van overtredingen: toezicht in enge zin organiseren;
- eventueel naming & shaming, maar met wettelijke grondslag en terughoudend.

3. Tariefregulering

- ex ante tariefregulering is niet aangewezen;
- in overgangssituatie eventueel de sturende wetgeving handhaven van hanteren redelijke tarieven;
- ingrijpen ex post mogelijk op grond van commune mededingingsrecht;

4. Vergunning & concessie

- vergunning verdient niet de voorkeur (afhankelijk van publieke belangen);
- indien mogelijk uitsluitend sturende wetgeving en eventueel een meldingsplicht voor markttoetreders in verband met toezicht; nagaan waarom en in hoeverre met een vergunning de betrokken publieke belangen beter kunnen worden geborgd;
- in beginsel ligt concessie niet voor de hand.

5. Publiek aandeelhouderschap

- publiek aandeelhouderschap is in beginsel niet aangewezen;

6. Overige instrumenten

- reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie;
- bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstep in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

9.4.3.3 Concurrentie op de markt

Bij concurrentie op de markt moet een onderscheid worden gemaakt tussen de leveringsmarkt waarop rechtstreekse concurrentie plaatsvindt en de monopolistische transportmarkt. Bij concurrentie op de markt blijft de infrastructuur in handen van een monopolist die wordt gedwongen om verschillende leveranciers toe te laten tot zijn infrastructuur zodat deze met elkaar kunnen concurreren. De leveringsmarkt bij concurrentie op de markt lijkt erg op de hiervoor besproken situatie bij concurrentie tussen marktsegmenten. De leveranciers concurreren rechtstreeks met elkaar, waarbij de consument een keuze maakt voor een bepaalde leverancier. Voor het beheer van de infrastructuur, de transportmarkt geldt dit niet. Hier is sprake van een monopoliepositie van de beheerder van de infrastructuur.³⁷

³⁷ Zie paragraaf 3.7.4.

Voor de leveringsmarkt geldt in belangrijke mate hetzelfde als wat hiervoor is besproken bij concurrentie tussen marktsegmenten. Hier wordt derhalve daarbij aangesloten. Dit betekent dat voor de leveringsmarkt dezelfde overwegingen een rol spelen als bij concurrentie tussen marktsegmenten. Daarom moet voor dat deel van de markt stap V.A worden doorlopen (zie ook V.B Leveringsmarkt).

Er is, zoals reeds opgemerkt, geen sprake van concurrentie bij het beheer van de infrastructuur bij deze concurrentiemodaliteit. Het is daarom gewenst om in sturende wetgeving gedetailleerd vast te leggen aan welke normen de beheerders van de infrastructuur moeten voldoen. Op de transportmarkt is het daarbij van belang dat in sturende wetgeving de toegang van leveranciers tot de infrastructuur is gegarandeerd (V.B.1).

Dit betekent voor de tariefregulering dat in dit geval de tarieven ex ante moeten worden vastgesteld onder politiek-democratische controle. Dit geldt zowel voor de tarieven waartegen de leveranciers toegang krijgen tot de infrastructuur als voor de transporttarieven die in rekening worden gebracht bij de consument. Voor beide tarieven geldt immers dat zij toekomen aan een monopolist (V.B.2).

Informatieverstrekking vervult op de transportmarkt vooral een controlefunctie. Het is van belang dat er verplichtingen gelden op grond waarvan de beheerder van de infrastructuur gehouden is om informatie te verstrekken aan de overheid om na te kunnen gaan of de normen worden nageleefd (V.B.3).

De publieke invloed op de beheerder van de infrastructuur kan op verschillende manieren vorm krijgen. Het beheer kan worden ondergebracht in concessies terwijl de eigendom van de infrastructuur publiek blijft (V.B.4)

Of publiek aandeelhouderschap moet worden gekozen (al dan niet gesplitst van het beheer), hangt af van de noodzaak om op de lange termijn ultieme publieke invloed te kunnen uitoefenen op de betrokken infrastructuur. Deze noodzaak hangt samen met het belang van de infrastructuur voor de maatschappij en in hoeverre daarop in crisissituaties eventueel publieke invloed moet kunnen worden uitgeoefend (V.B.5).

Het voorgaande resulteert erin dat aan de vijfde stap aan het afwegingskader het volgende kan worden toegevoegd:

V.B Concurrentie op de markt

Leveringsmarkt: Stappen doorlopen onder A.

Transportmarkt

1. Sturende wetgeving
 - ingrijpender van aard en gedetailleerder, gelet op monopolie;
 - afdwingen toegang tot de infrastructuur leveranciers bij eigenaar.
2. Tariefregulering
 - ex ante vaststelling toegangs- en transporttarieven;
 - onder politiek-democratische controle;
 - tenzij expertise vereist, dan door marktautoriteit, waar nodig te corrigeren door vernietigingsrecht minister.
3. Openbaarmaking en informatieverstrekking
 - het verplichten tot informatieverstrekking door beheerder infrastructuur aan openbaar bestuur.

4. Vergunning en concessie

- een vergunning ligt voor de hand wanneer sprake is van weinig vertrouwen in de marktpartijen;
- een concessiesysteem voor de infrastructuur kan een optie zijn, tenzij sprake is van een infrastructuur met zeer hoge verzonken kosten.

5. Publiek aandeelhouderschap

- publiek aandeelhouderschap afhankelijk van behoefte invloed op lange termijn.

6. Overige instrumenten

- reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie.
- bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

9.4.3.4 Concurrentie om de markt

Bij concurrentie om de markt is het noodzakelijk een instrument in te zetten waarmee de onderneming die het tijdelijk monopolie verwerft aan banden kan worden gelegd. Indien een monopolist niet aan banden wordt gelegd, treedt immers marktfalen op. De concessie is volgens mij een geschikt instrument voor het verlenen van een tijdelijk monopolie. Het vaststellen en afwegen van publieke belangen kan zowel in wetgeving als door de concessieverlener plaatsvinden (V.C.4).

Het is van belang om aan de concessie sturende wetgeving in de vorm van gedetailleerde voorschriften te verbinden vanwege het monopolie van de concessiehouder. Bij de keuzes van de wetgever inzake de concessie is wel van belang dat wordt afgewogen wat het doel van concurrentie om de markt is. Als het doel uitsluitend is het verkrijgen van een bepaalde dienst voor een zo laag mogelijke prijs dan kan de concessieverlener volledige vrijheid krijgen bij de invulling van de concessie. Als ook door de concurrentie moet worden geprofiteerd van de kennis en innovatie uit de markt dan is van belang dat wordt bepaald welke onderwerpen wel en welke onderwerpen niet tot in detail in de concessie kunnen worden geregeld. Aan de concessie kunnen voorschriften worden verbonden, hier ook aangeduid als sturende wetgeving (V.C.1).

De tarieven moeten ex ante worden vastgesteld vanwege de monopoliepositie van de concessiehouder. Zij kunnen al dan niet in de concessie worden bepaald. Hierbij moet onder ogen worden gezien in hoeverre de concessieverleners vrij zijn in het vaststellen van deze tarieven en in hoeverre hierover normen in centrale wetgeving zouden moeten worden opgenomen (V.C.2).

Informatieverstrekking vervult in deze concurrentiemodaliteit een controlefunctie. De concessieverlener moet kunnen nagaan in hoeverre de concessie wordt nageleefd en of zich andere problemen voordoen. Een nadeel van de concessie is dat het moeizaam is om de voorschriften achteraf bij te stellen vanwege het tweezijdige karakter van de concessie. In beginsel moet opnieuw tot overeenstemming worden gekomen. Daarom strekt het tot aanbeveling om zeer zorgvuldig om te gaan met deze voorschriften. Daarnaast heeft informatieverstrekking een ontwerpfunctie waar het gaat om het beschikken over relevante en betrouwbare informatie bij het verlenen van de concessie. Met name is hierbij van belang dat de zittende monopolist verplicht wordt bepaalde informatie te verschaffen aan meedingers naar een toekomstige concessie (V.C.3).

Er is geen goede reden om publiek aandeelhouderschap te overwegen van de ondernemingen die meedingen naar tijdelijke monopolies. Door het instrument van de concessie heeft de overheid immers vergaande invloed op de uitvoering ervan. Niet valt in te zien wat publiek aandeelhouderschap hieraan toe zou kunnen voegen. De betrokken ondernemingen concurreren met elkaar om de concessie te verkrijgen en publiek aandeelhouderschap staat met vergaande concurrentie op gespannen voet. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat het tijdelijk monopolie niet ziet op het verkrijgen van eigendom van infrastructuur.

Het voorgaande resulteert erin dat aan de vierde stap aan het afwegingskader het volgende kan worden toegevoegd:

V.C Concurrentie om de markt

1. Sturende wetgeving

- van belang is dat vanwege het monopolie dat wordt verkregen, voldoende voorschriften worden vastgesteld. Hierbij moet steeds worden bezien in hoeverre detailvoorschriften nodig zijn;
- afhankelijk van de geografische kenmerken van de markt moeten de regels op een zo laag mogelijk niveau worden vastgesteld.

2. Tariefregulering

- tarieven moeten ex ante worden gereguleerd onder politiek-democratische controle vanwege het monopolie;
- van belang is onder ogen te zien op welk niveau dit moet plaatsvinden.

3. Openbaarmaking en informatieverstrekking

- ontwerpfunctie: verlener van tijdelijk monopolie moet over voldoende informatie beschikken om te kiezen; dit moet in of op grond van de wet worden geregeld;
- controlefunctie: verlener van tijdelijk monopolie moet over voldoende informatie beschikken om de concessie te handhaven; deze verplichting moet op grond van de wet in formele zin in de concessie worden opgenomen;
- controlefunctie: het bestaande instrument politieke informatieverstrekking en openbaarmaking kan worden benut om de volksvertegenwoordiging in staat te stellen de concessie te controleren.

4. Vergunning & concessie

- de concessie is een geschikt verdelingsinstrument voor concurrentie om de markt;
- kritisch moet worden bezien of naast de concessie een vergunning noodzakelijk zou zijn.

5. Publiek aandeelhouderschap

- publiek aandeelhouderschap is in beginsel niet aangewezen.

6. Overige instrumenten

- reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie.
- bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

9.4.3.5 Prestatievergelijking

Als wordt gekozen voor de modaliteit van de prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme wordt gekozen om geen rechtstreekse concurrentie in te voeren. Doorgaans wordt voor deze modaliteit gekozen als sprake is van permanente monopolies waarbij introductie van concurrentie niet vruchtbaar of wenselijk zal zijn. Hierbij ligt het afwegen van publieke belan-

gen in zeer belangrijke mate bij de overheid. Om deze reden is het aan de wetgever die in dit geval een belangrijk deel van de publieke belangen afweegt en dit neerlegt in sturende wetgeving. Er kan ook worden gekozen voor een prestatievergelijking met afrekenmechanisme, ook wel maatstafconcurrentie genoemd. Hierbij wordt de betrokken onderneming op basis van de prestatievergelijking rechtstreeks afgerekend op de geleverde prestaties. Hierbij is derhalve wel sprake van concurrentie.

De kern van de prestatievergelijking rust op de beschikbaarheid van betrouwbare en relevante informatie. Dit betekent dat in een instrument met een ontwerpfunctie moet worden geregeld dat de betrokken monopolisten relevante en betrouwbare informatie verschaffen aan de opsteller van de prestatievergelijking. Daarnaast is het van belang dat de overheid kan controleren of de vastgestelde sturende wetgeving wordt nageleefd.

De tarieven moeten in een dergelijk systeem ex ante worden gereguleerd door de overheid vanwege de permanente monopoliesituatie. Als dit niet zou gebeuren, zou de monopolist misbruik kunnen maken van zijn machtspositie.

Publiek aandeelhouderschap kan aangewezen zijn omdat het gaat om permanente monopolies, zeker voor het in handen houden van vitale infrastructuur.

Het voorgaande resulteert erin dat aan de vierde stap aan het afwegingskader het volgende kan worden toegevoegd:

V.D Prestatievergelijking

1. Sturende wetgeving
 - er is ruimte voor veel detail in wetgeving vanwege permanente monopoliesituatie.
2. Tariefregulering
 - tarieven moeten ex ante worden gereguleerd onder politiekdemocratische controle vanwege het monopolie;
 - van belang is onder ogen te zien op welk niveau dit moet plaatsvinden.
3. Openbaarmaking en informatieverstrekking
 - plichten tot informatieverstrekking monopolisten gelet op uit te voeren prestatievergelijking;
 - het bestaande instrument politieke informatieverstrekking en openbaarmaking kan worden benut om de volksvertegenwoordiging in staat te stellen de concessie te controleren.
4. Vergunning & concessie
 - voegen niets toe ten opzichte van het reguleren door middel van sturende wetgeving van het permanente monopolie.
5. Publiek aandeelhouderschap
 - gelet op het permanente karakter van dit monopolie kan dit, tezamen met het gegeven dat het om vitale infrastructuur gaat, een reden zijn om publiek aandeelhouderschap te overwegen.
6. Overige instrumenten
 - reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie.
 - bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

9.4.4 Afwegingskader regulering nutssectoren: schematisch

I. EU-recht

A. Is een sectorspecifiek EU-rechtelijk marktordeningsregime of een ander sectorspecifieke regeling van toepassing op de betrokken nutssector?

Zo ja, welke beperkingen vloeien daaruit voort voor de keuzes ten aanzien van:

1. publieke belangen;
2. concurrentiemodaliteiten, en
3. instrumenten.

B. Als geen sectorspecifiek EU-rechtelijk marktordeningsregime van toepassing is of dit niet uitputtend is bedoeld: in hoeverre is het primaire EU-recht van toepassing op de diensten en goederen geleverd in de betrokken nutssector?

Om vast te stellen in hoeverre het primaire EU-recht van toepassing is, moeten de volgende vragen worden beantwoord.

1. Is sprake van diensten van algemeen niet-economisch belang? In dat geval is het VWEU in beginsel niet van toepassing;
2. Is sprake van diensten van algemeen economisch belang? In dat geval is het VWEU van toepassing.
3. Is sprake van diensten en goederen in de zin van het VWEU? In dat geval is het VWEU van toepassing.

C. Als het VWEU van toepassing is, zou dan een geslaagd beroep kunnen worden gedaan op:

1. De uitzondering op het mededingingsrecht van artikel 106 lid 2 VWEU?

Dit is het geval als aan de volgende eisen wordt voldaan:

- er is sprake van een onderneming belast met een DAEB;
- de toepassing van de mededingingsregels verhindert de toevertrouwde taak, en
- er is sprake van strijd met het belang van de gemeenschap.

2. De uitzonderingen op de regels van het vrij verkeer?

Dit is het geval als aan de volgende eisen wordt voldaan:

- er is sprake van een dwingende reden van algemeen belang (of exceptie), en
- de belemmering is gelet op het te bereiken algemeen belang proportioneel.

NB. Het beantwoorden van vraag I.C.1 en 2 is afhankelijk van de laatste stand van de jurisprudentie. In hoofdstuk 2 is geconcludeerd dat niet volledig duidelijk is in hoeverre uitzonderingen door het Hof gerechtvaardigd zullen worden geacht omdat de proportionaliteitstoetsen van het mededingingsrecht en het vrij verkeer door de tijd heen door het Hof en het Gerecht verschillend worden uitgelegd.³⁸

II. Publieke belangen

A. Welke publieke belangen vloeien eventueel voort uit het EU-recht (I.A.1)?

B. Welke publieke belangen identificeert de nationale wetgever (al dan niet in abstracto)?

³⁸ Voor de specifieke afwegingen zie paragraaf 2.6.

III. Concurrentiemodaliteiten

A. Schrijft het EU-recht een bepaalde concurrentiemodaliteit voor (I.A.3)?

B. Als de wetgever zelf een concurrentiemodaliteit kan kiezen, is er (nog steeds) sprake van een natuurlijk monopolie (al dan niet vanwege infrastructuur)?

Zo ja, dan zijn er verschillende concurrentiemodaliteiten mogelijk:

1. Concurrentie op de markt (wanneer het mogelijk is de sector onder te verdelen in concurrerende en niet concurrerende delen);
2. Concurrentie om de markt (wanneer de sector niet kan worden onderverdeeld in concurrerende en niet-concurrerende delen en het praktisch haalbaar is om periodiek het monopolie over te laten dragen);
3. Een prestatievergelijking met afrekenmechanisme (als zinvolle vergelijkingen zijn te maken: bij regionale monopolies of bij nationale monopolies (als internationaal vergelijkbaar));
4. Geen concurrentie (wanneer de sector niet kan worden onderverdeeld in concurrerende en niet-concurrerende onderdelen en het praktisch onhaalbaar is of om andere redenen onwenselijk om periodiek het monopolie over te dragen):
 - a. prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme (als zinvolle vergelijkingen zijn te maken: bij regionale monopolies of bij nationale monopolies (als internationaal vergelijkbaar);
 - b. eigen uitvoering overheid op andere wijze.

Als geen sprake is van een natuurlijk monopolie, is concurrentie tussen marktsegmenten ook mogelijk en in beginsel het meest voor de hand liggend.

IV. Keuze partijen

A. Welke publieke belangen moeten, gegeven de in stap III gekozen concurrentiemodaliteit, met en welke zonder overheidsbemoeienis worden geborgd?

B. Door wie moeten publieke belangen die met overheidsbemoeienis worden geborgd, worden geïdentificeerd en afgewogen?

1. de wetgever;
2. een ander overheidsorgaan (onder politieke verantwoordelijkheid);
3. een marktautoriteit (onder beperkte politieke verantwoordelijkheid).

V.A. Concurrentie tussen marktsegmenten

1. Sturende wetgeving

- alleen randvoorwaarden en spelregels, geen detailregulering (hiermee rekening houden bij aard en inhoud normen);
- bepalen niveau regelstelling. Kernbepalingen in de wet in formele zin, verder in verband met vereiste flexibiliteit op zo laag mogelijk niveau, sectorspecifieke marktautoriteit waar expertise van betrokken sector noodzakelijk is;
- voorzien in vernietigingsrecht op regels marktautoriteit gelet op gebrek aan democratische controle als noodzakelijk.

2. Openbaarmaking en informatieverstrekking

- de consument moet over relevante en betrouwbare informatie kunnen beschikken;
- de overheid moet op de hoogte kunnen komen van overtredingen: toezicht in enge zin organiseren;
- eventueel naming & shaming, maar met wettelijke grondslag en terughoudend.

3. Tariefregulering

- ex ante tariefregulering is niet aangewezen;
- in overgangssituatie eventueel de sturende wetgeving handhaven van hanteren redelijke tarieven;
- ingrijpen ex post mogelijk op grond van commune mededingingsrecht;

4. Vergunning & concessie

- vergunning verdient niet de voorkeur (afhankelijk van publieke belangen);
- indien mogelijk uitsluitend sturende wetgeving en eventueel een meldingsplicht voor markttoetreders in verband met toezicht; nagaan waarom en in hoeverre met een vergunning de betrokken publieke belangen beter kunnen worden geborgd;
- in beginsel ligt concessie niet voor de hand.

5. Publiek aandeelhouderschap

- publiek aandeelhouderschap is in beginsel niet aangewezen;

6. Overige instrumenten

- reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie;
- bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

V.B Concurrentie op de markt

Leveringsmarkt: Stappen doorlopen onder A.

Transportmarkt

1. Sturende wetgeving

- ingrijpender van aard en gedetailleerder, gelet op monopolie;
- afdwingen toegang tot de infrastructuur leveranciers bij eigenaar.

2. Tariefregulering

- ex ante vaststelling toegangs- en transporttarieven;
- onder politiek-democratische controle;
- tenzij expertise vereist, dan door marktautoriteit, waar nodig te corrigeren door vernietigingsrecht minister.

3. Openbaarmaking en informatieverstrekking

- het verplichten tot informatieverstrekking door beheerder infrastructuur aan openbaar bestuur.

4. Vergunning en concessie

- een vergunning ligt voor de hand wanneer sprake is van weinig vertrouwen in de marktpartijen;
- een concessiesysteem voor de infrastructuur kan een optie zijn, tenzij sprake is van een infrastructuur met zeer hoge verzonken kosten.

5. Publiek aandeelhouderschap

- In beginsel niet aangewezen

6. Overige instrumenten

- reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie.
- bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

V.C Concurrentie om de markt

1. Sturende wetgeving
 - van belang is dat vanwege het monopolie dat wordt verkregen, voldoende voorschriften worden vastgesteld. Hierbij moet steeds worden gezien in hoeverre detailvoorschriften nodig zijn;
 - afhankelijk van de geografische kenmerken van de markt moeten de regels op een zo laag mogelijk niveau worden vastgesteld.
2. Tariefregulering
 - tarieven moeten ex ante worden gereguleerd onder politiek-democratische controle vanwege het monopolie;
 - van belang is onder ogen te zien op welk niveau dit moet plaatsvinden.
3. Openbaarmaking en informatieverstrekking
 - ontwerpfunctie: verlener van tijdelijk monopolie moet over voldoende informatie beschikken om te kiezen; dit moet in of op grond van de wet worden geregeld;
 - controlefunctie: verlener van tijdelijk monopolie moet over voldoende informatie beschikken om de concessie te handhaven; deze verplichting moet op grond van de wet in formele zin in de concessie worden opgenomen;
 - controlefunctie: het bestaande instrument politieke informatieverstrekking en openbaarmaking kan worden benut om de volksvertegenwoordiging in staat te stellen de concessie te controleren.
4. Vergunning & concessie
 - de concessie is een geschikt verdelingsinstrument voor concurrentie om de markt;
 - kritisch moet worden gezien of naast de concessie een vergunning noodzakelijk zou zijn.
5. Publiek aandeelhouderschap
 - publiek aandeelhouderschap is in beginsel niet aangewezen.
6. Overige instrumenten
 - reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie.
 - bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

V.D Prestatievergelijking

7. Sturende wetgeving
 - er is ruimte voor veel detail in wetgeving vanwege permanente monopoliesituatie.
8. Tariefregulering
 - tarieven moeten ex ante worden gereguleerd onder politiekdemocratische controle vanwege het monopolie;
 - van belang is onder ogen te zien op welk niveau dit moet plaatsvinden.
9. Openbaarmaking en informatieverstrekking
 - plichten tot informatieverstrekking monopolisten gelet op uit te voeren prestatievergelijking;
 - het bestaande instrument politieke informatieverstrekking en openbaarmaking kan worden benut om de volksvertegenwoordiging in staat te stellen de concessie te controleren.
10. Vergunning & concessie
 - voegen niets toe ten opzichte van het reguleren door middel van sturende wetgeving van het permanente monopolie.

11. Publiek aandeelhouderschap

- gelet op het permanente karakter van dit monopolie kan dit, tezamen met het gegeven dat het om vitale infrastructuur gaat, een reden zijn om publiek aandeelhouderschap te overwegen.

12. Overige instrumenten

- reparatoire sancties: last onder bestuursdwang of last onder dwangsom afhankelijk van de feitelijke situatie.
- bindende aanwijzing: als behoefte is aan tussenstap in handhaving en derhalve als rechten en plichten niet op voorhand duidelijk zijn.

9.4.5 Betekenis afwegingskader voor de onderzochte sectoren

9.4.5.1 Inleiding

Nu het afwegingskader is geformuleerd, ligt de vraag voor welke betekenis dit afwegingskader heeft voor de beoordeling van de gemaakte keuzes voor de regulering van de onderzochte sectoren. Hierna wordt het afwegingskader per sector op de regulering van deze sectoren toegepast. Vervolgens zullen aanbevelingen worden gedaan tot wijziging van de regulering als de toepassing daartoe aanleiding geeft. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de drinkwatersector (9.4.5.2), de elektriciteitssector (9.4.5.3), het stads- en streekvervoer (9.4.5.4) en de kabelsector (9.4.5.5).

9.4.5.2 Drinkwater

I. EU-recht

Op de drinkwatersector is geen sectorspecifiek marktordeningsregime van toepassing (I.A.). Dit betekent dat er geen beperkingen zijn voor de Nederlandse wetgever bij het kiezen van een concurrentiemodaliteit of instrumenten. Wel is EG-wetgeving ten aanzien van drinkwaterkwaliteit tot stand gekomen. Dit laatste heeft consequenties voor de ruimte die de Nederlandse regering heeft bij het vaststellen van de aan de orde zijnde publieke belangen.

De vraag die dan rest is in hoeverre het primaire EU-recht van toepassing is op het leveren van drinkwater (I.B). In tegenstelling tot het Nederlandse kabinet ben ik van mening dat de levering van drinkwater moet worden gekwalificeerd als een dienst van algemeen economisch belang en niet als een dienst van algemeen niet-economisch belang (I.B.2).³⁹ Dit betekent dat moet worden onderzocht in hoeverre een uitzondering op het mededingingsrecht is gerechtvaardigd (I.C).

Eerder in dit onderzoek is naar voren gekomen dat het in de lijn der verwachting ligt dat het Hof de uitzondering op het mededingingsrecht gerechtvaardigd zal achten aangezien het bij het toepassen van een objectieve noodzakelijkheidstoets tot de conclusie zal komen dat, gelet op het natuurlijk monopolie in de drinkwatersector (op productie en levering), de door de Nederlandse wetgever gemaakte uitzondering proportioneel is (I.C.1).⁴⁰ Vervolgens moet worden geanalyseerd in hoeverre een uitzondering op de regels van het vrij verkeer mogelijk is. De regels van het staatssteunverbod worden in de huidige regulering niet overtreden.⁴¹ Het

³⁹ Zie paragraaf 5.3.2.3.

⁴⁰ Zie paragraaf 5.3.2.4.

⁴¹ Zie paragraaf 5.3.3.

in de drinkwatersector geldende privatiseringsverbod bleek in strijd met de regels van het vrij verkeer van kapitaal (I.C.2).⁴² Het strekt daarom tot de aanbeveling om het privatiseringsverbod uit de drinkwaterwet te halen en op een andere wijze te regelen dat publieke eigendom van drinkwaterbedrijven verzekerd is. Een mogelijke oplossing is dat de lagere overheden hun aandelen verkopen aan de Staat, zonder dat de publieke eigendom in een wettelijke regeling wordt vastgelegd.

II. Publieke belangen

Uit het EU-recht vloeien de volgende publieke belangen voort: leveringszekerheid en kwaliteit van drinkwater (II.A). De publieke belangen van de regulering van de drinkwatersector zijn expliciet door de wetgever geïdentificeerd: een hoge kwaliteit, leveringszekerheid en continuïteit in het belang van de volksgezondheid, bescherming van de gebonden consumenten zodat zij een reële prijs betalen en een vermindering van milieuverontreiniging (II.B). Zowel op Europees als nationaal niveau is het uitgangspunt dat kwaliteit en leveringszekerheid van drinkwater belangrijker zijn dan de kostenefficiëntie van de sector.

III. Concurrentiemodaliteiten

Uit het EU-recht vloeien geen beperkingen voort voor de keuze van een concurrentiemodaliteit in de drinkwatersector (II.A en I.A.3). In de drinkwatersector is sprake van een natuurlijk monopolie en daarom is concurrentie tussen markten niet aangewezen (III.B).⁴³ Het verdelen van de drinkwatersector in concurrerende en niet-concurrerende onderdelen is op dit moment praktisch onmogelijk. Concurrentie op de markt is derhalve geen optie (III.B.1). Hoewel dit in de toekomst vanwege technologische innovatie mogelijk anders kan komen te liggen, is het de vraag in hoeverre de concurrentiedruk zal kunnen leiden tot een lagere prijs dan de huidige en of de concurrentie daarmee voldoende van de grond zou komen.⁴⁴ Concurrentie om de markt is een reële mogelijkheid in de drinkwatersector. In Frankrijk kunnen gemeenten kiezen voor dit systeem. Er kleven echter ook nadelen aan, namelijk het weglekken van kennis bij de overheid en het beperkte aantal bedrijven op de (internationale) drinkwatermarkt (III.B.2).⁴⁵ Dan rest de optie van geen concurrentie door middel van een prestatievergelijking, al dan niet met afrekenmechanisme of in een andere vorm (III.B.3). Door de nationale wetgever is gekozen voor een verplichte prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme.⁴⁶

IV. Partijen

Gegeven de keuze voor een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme, moet de vraag worden beantwoord door welke partijen de betrokken publieke belangen nader zouden moeten worden geïdentificeerd, afgewogen en geborgd. Hierbij wordt eerst gezien of het al dan niet binnen de overheid moet gebeuren (IV.A). Gelet op de keuze om geen concurrentie te introduceren in de drinkwatersector, is het van belang dat afwegingen met betrekking tot de publieke belangen worden gemaakt door de overheid en onder politieke verantwoordelijkheid (IV.B). In de drinkwatersector zijn uitsluitend publieke partijen actief, de consumenten daargelaten.⁴⁷ De minister van VROM beschikt over bevoegdheden op grond van de Drinkwa-

⁴² Zie paragraaf 5.3.4

⁴³ Zie paragraaf 5.5.3.2.

⁴⁴ Zie paragraaf 5.5.3.3.

⁴⁵ Zie paragraaf 5.5.3.4.

⁴⁶ Zie paragraaf 5.5.3.5 en 5.5.3.6.

⁴⁷ Zie paragraaf 5.6.5.

terwet voor het goed functioneren van de drinkwatersector en is daarvoor derhalve verantwoordelijk. De drinkwaterbedrijven zijn in publieke handen. Hierbij is wel van belang dat is gebleken dat de publieke invloed op de drinkwaterbedrijven uiteenloopt, hetgeen onwenselijk is. Daarom wordt hier een nadere uniformering van de juridische vormgeving van drinkwaterbedrijven bepleit, zodat geen sprake is van ongerechtvaardigde verschillen in overheidsinvloed.⁴⁸ Aan stap IV C wordt niet toegekomen nu geen sprake is van publieke belangen die zonder overheidsbemoeienis worden geborgd.

V. D. Instrumenten

Gegeven de afwezigheid van concurrentie is behoefte aan sturende wetgeving ten aanzien van de productie- en levering van drinkwater vanwege de permanente monopoliesituatie (V.D.1). Bij en krachtens de Drinkwaterwet is deze sturende wetgeving tot stand gekomen.⁴⁹

Daarnaast is inmiddels ook ex ante tariefregulering voor de drinkwatersector ingevoerd in de Drinkwaterwet (V.D.2). De verplichting voor drinkwaterbedrijven om gegevens te verstrekken aan de instantie die de prestatievergelijking uitvoert, is vastgelegd in de Drinkwaterwet (V.D.3). Aan vergunningen en concessies is in het systeem van de prestatievergelijking in beginsel geen behoefte. Voor deze instrumenten wordt in de regel gekozen omdat zij een belangenafweging door een bestuursorgaan mogelijk maken. Hieraan is bij de prestatievergelijking geen behoefte omdat de ruimte voor belangenafweging wordt ingevuld door de drinkwaterbedrijven zelf, hetgeen wordt gecontroleerd door middel van de prestatievergelijking (V.D.4). Daarvan is dan ook geen sprake in de drinkwatersector. Ten slotte is sprake van publiek aandeelhouderschap in de drinkwatersector (V.D.5). Aangezien het hier om vitale infrastructuur gaat waarbij het in crisissituaties van belang is dat de overheid erover zou kunnen beschikken, ligt het voor de hand om de bedrijven in publieke handen te houden. Bovendien ligt het bij de prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme voor de hand om een bedrijf in publieke handen te hebben omdat, zoals hiervoor aan de orde kwam, bij de keuze voor een prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme vertrouwen in de betrokken onderneming een grote rol speelt. Het publieke aandeelhouderschap kan hierbij een rol spelen.

Slotsom drinkwater

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de keuzes van de wetgever voor de drinkwatersector op grond van het afwegingskader overwegend als positief kunnen worden beoordeeld. Mijn aanbeveling is de aandelen in de drinkwaterbedrijven over te laten dragen aan de Staat, zonder wettelijke regelingen, waarin het kapitaalverkeer wordt beperkt. Op deze manier kan de situatie in overeenstemming zijn met het EU-recht. Dit heeft bovendien als voordeel dat de mate van publieke invloed op drinkwaterbedrijven niet zo uiteenloopt als nu het geval is.

De publieke belangen zijn vastgesteld en bovendien is daarin een rangorde aangebracht. De keuze om in deze sector voor de variant van geen concurrentie te kiezen, is consistent met de aangebrachte rangorde in publieke belangen. Ook is de keuze voor publieke partijen die onder politieke verantwoordelijkheid functioneren consistent met de keuze om geen concurrentie in te voeren. Zoals hiervoor bleek, komen de keuzes wat betreft de instrumenten overeen met de afwegingen van het afwegingskader.

⁴⁸ Zie paragraaf 5.6.3.

⁴⁹ Zie paragraaf 5.7.

9.4.5.3 Elektriciteit

I. EU-recht

Op de elektriciteitssector is een sectorspecifiek EU-rechtelijk marktordeningsregime van toepassing.⁵⁰ Dit regime heeft gevolgen voor de keuze van de nationale wetgever voor publieke belangen en concurrentiemodaliteiten. Welke gevolgen dit precies zijn, komt bij de vervolgstappen aan de orde.

II. Publieke belangen

De publieke belangen voor de elektriciteitssector zijn ingegeven door het EU-recht en door de nationale wetgever geëxpliciteerd (II.A en B). Samenvattend zijn deze publieke belangen: (i) beschikbaarheid van energie tegen maatschappelijk aanvaardbare prijzen voor alle consumenten, (ii) bescherming van gebonden afnemers tegen misbruik door de netbeheerder, (iii) leveringszekerheid voor klanten die geen uitwijkmogelijkheden hebben, (iv) productie en dienstverlening die zodanig is dat recht wordt gedaan aan maatschappelijke doelstellingen over kwaliteit en veiligheid, (v) doelmatige marktordering en doelmatig toezicht en (vi) milieudoelstellingen. Zoals eerder opgemerkt, houdt doelmatige marktordering en doelmatig toezicht geen publiek belang in. Het is veeleer een middel om publieke belangen te bereiken, maar geen separaat publiek belang.

Hoewel een afweging moet plaatsvinden van de verschillende tegenstrijdige publieke belangen wordt hier door de wetgever niets over gezegd.⁵¹

III. Concurrentiemodaliteiten

De keuzeruimte voor de concurrentiemodaliteit is beperkt, omdat op grond van het EU-recht concurrentie op de markt moet worden ingevoerd (III.A).⁵² Wel bestaat enige vrijheid in de vormgeving van concurrentie op de markt. Om deze concurrentiemodaliteit te introduceren moet een zekere scheiding tussen beheer van de infrastructuur en levering van de dienst worden aangebracht. De scheiding tussen beheer en levering kan van mild tot zeer ingrijpend worden vormgegeven. De Nederlandse nationale wetgever heeft ervoor gekozen verder te gaan dan hetgeen door het EU-recht wordt vereist, naar eigen zeggen om een onafhankelijk netbeheer te waarborgen. Waar de richtlijnen aanvankelijk een boekhoudkundige en later een juridische scheiding tussen netbeheerder en producent/leverancier eisten, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen een volledige scheiding van eigendom tussen de betrokken bedrijfsonderdelen door te voeren: een groepsverbod, ook wel genoemd 'splitsing'. Het groepsverbod in de Elektriciteitswet houdt in dat een aandeelhouder van een leverancier/producent niet tevens aandeelhouder mag zijn van een netbeheerder (tenzij het gaat om een publieke aandeelhouder).⁵³

IV. Partijen

In de elektriciteitssector is de verantwoordelijkheid verdeeld tussen overheid en markt. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het beheer van het elektriciteitsnetwerk (de transportmarkt) en de levering van elektriciteit aan consumenten (de leveringsmarkt).

⁵⁰ Zie paragraaf 6.3.2.

⁵¹ Zie paragraaf 6.4.4.

⁵² Zie paragraaf 6.5.4.3.

⁵³ Zie paragraaf 6.5.5.

Eerst moet de vraag worden beantwoord door welke partijen de betrokken publieke belangen nader zouden moeten worden geïdentificeerd, afgewogen en geborgd. Hierbij wordt eerst gezien of het al dan niet binnen de overheid moet gebeuren (IV.A).

Op de transportmarkt is geen sprake van concurrentie. De toegang tot het netwerk moet door de overheid worden gereguleerd omdat de netbeheerder monopolist is. Om deze reden is het van belang dat afwegingen met betrekking tot de publieke belangen worden gemaakt door de overheid en onder politieke verantwoordelijkheid (IV.B). Op de transportmarkt zijn bij het identificeren en afwegen van publieke belangen uitsluitend publieke partijen actief. Zo hebben de minister van Economische zaken en de marktautoriteit, de Energiekamer, op grond van de Elektriciteitswet vergaande bevoegdheden om in te grijpen in de toegangsverlening tot het netwerk.⁵⁴

Op de leveringsmarkt is wel sprake van concurrentie. Ook op deze markt hebben de minister van Economische zaken en de Energiekamer bevoegdheden, zij zijn echter lang niet zo ingrijpend als de bevoegdheden op de transportmarkt. Er wordt met name bij de totstandkoming van de prijs veel verwacht van de marktwerking en zodoende zijn deze publieke belangen in handen van de consumenten en bedrijven. Dit geldt echter slechts tot op zekere hoogte. Als de prijs niet redelijk is, kan de Energiekamer ingrijpen.⁵⁵

Hierbij moet worden gezien of, voor zover de publieke belangen zonder overheidsbemoeienis worden geborgd, hiervoor faciliterende regulering gewenst is (IV.C). Duidelijk is geworden dat in de elektriciteitssector nog onvoldoende concurrentie van de grond is gekomen. Een deel van dit probleem is te wijten aan overstapaversie bij consumenten. Om deze aversie weg te nemen, is van groot belang dat de overheid zorg draagt voor relevante en betrouwbare informatie, bijvoorbeeld in de vorm van goed vergelijkbare prijzen, zodat de consument zonder veel moeite inzicht krijgt in de voor- en nadelen van het overstappen naar een andere energieleverancier. Op dit moment is deze informatievoorziening nog niet wettelijk verankerd in de vorm van verplichtingen van energiebedrijven om een bepaalde prijsopbouw te hanteren zodat dit eenvoudig kan worden vergeleken.

V.B Instrumenten

Gegeven de verplichting concurrentie op de markt in te voeren, wordt nu de inzet van de hier onderzochte instrumenten besproken. Hierbij wordt eerst op de leveringsmarkt en vervolgens op de transportmarkt ingegaan. Op de leveringsmarkt is concurrentie het uitgangspunt. Omdat de situatie in dezen niet verschilt van concurrentie tussen marktsegmenten, worden de instrumenten van deze laatste hier behandeld (V.A) en op de leveringsmarkt voor elektriciteit toegepast.

In sturende wetgeving is slechts ruimte voor randvoorwaarden en spelregels en niet voor het regelen van details. Dit zou onvoldoende ruimte laten voor de totstandkoming van concurrentie. Dit is in de Elektriciteitswet het geval. Het is van belang aandacht te besteden aan het niveau van regelstelling. De kernbepalingen moeten in de wet in formele zin staan, maar de voorkeur bestaat in verband met de flexibiliteit voor een lager niveau van wetgeving. Als expertise is vereist, is het wenselijk wetgeving over te laten aan een marktautoriteit, mits is voorzien in een vernietigingsrecht voor de betrokken minister in verband met de democratische controle (V.A.1).⁵⁶

⁵⁴ Zie paragraaf 6.6.

⁵⁵ Zie paragraaf 6.6.

⁵⁶ Zie paragraaf 6.7.

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, is openbaarmaking en informatieverstrekking met een ontwerpfunctie op de leveringsmarkt van groot belang omdat het borgen van publieke belangen afhankelijk is van het handelen van de consument. Hier herhaal ik dat de overheid een verantwoordelijkheid heeft om te zorgen dat de consument over relevante en betrouwbare informatie kan beschikken. Daarnaast moet de overheid zich op de hoogte stellen door middel van openbaarmaking en informatieverstrekking met een controlefunctie om overtredingen te kunnen constateren. Ten slotte kan eventueel *naming & shaming* worden toegepast, maar vanwege het onomkeerbare karakter hiervan moet hiermee terughoudend worden omgegaan (V.A.2).

Ex ante tariefregulering is niet gewenst in verband met de concurrentie. Daarvoor is dan ook niet gekozen op de leveringsmarkt voor elektriciteit (V.A.3). Wel geldt op grond van de Elektriciteitswet de norm dat redelijke tarieven moeten worden gehanteerd. Als dit niet gebeurt, kan een leveringsvergunning worden ingetrokken.⁵⁷ Een vergunning verdient hier in beginsel niet de voorkeur (V.A.4). De vraag die hierbij moet worden betrokken is in hoeverre publieke belangen beter kunnen worden geborgd met behulp van een vergunning dan met sturende wetgeving het geval zou zijn. Het voordeel van een vergunning is dat de overheid een duidelijk beeld heeft van wie er op de markt actief is en zodoende wie moet worden gecontroleerd. Eventueel zou een meldplicht echter ook kunnen volstaan. Een probleem op de leveringsmarkt is nu (nog) dat onvoldoende concurrentie tot stand is gekomen. Een vergunning is in deze situatie een goed instrument om de publieke belangen te verzekeren. Op het moment dat van voldoende concurrentie sprake is, ligt het mijns inziens voor de hand de leveringsvergunning af te schaffen en met behulp van sturende wetgeving de consumentenbescherming te verzekeren. De concessie ligt bij de leveringsmarkt niet voor de hand, nu concurrentie wordt geïntroduceerd.

Publiek aandeelhouderschap is in beginsel niet aangewezen, gelet op de mogelijkheid van oneerlijke concurrentie en de terughoudendheid waarmee met dit instrument moet worden omgesprongen. Er is op de leveringsmarkt voor elektriciteit geen sprake van een op handen zijnde privatisering, zeer vitale infrastructuur of publieke belangen die niet met publiekrechtelijke instrumenten kunnen worden gehandhaafd (V.A.5).⁵⁸

Voor de transportmarkt voor elektriciteit geldt dat sturende wetgeving verder mag gaan dan op de leveringsmarkt gelet op het monopolie van de netbeheerder. Bovendien moet bij hen de verlening van toegang tot hun netwerk worden afgedwongen (V.B.1).

De tarieven moeten ex ante worden gereguleerd, gelet op het monopolie. Dit geldt voor de toegangstarieven die aan de elektriciteitsleveranciers worden berekend en de transportkosten die aan de consumenten worden doorberekend. De tariefregulering moet onder politiek-democratische controle plaatsvinden. Dit geldt in ieder geval voor de kernbepalingen van dit beleid. Zaken waarvoor expertise is vereist, kunnen aan de Energiekamer worden overgelaten (V.B.2).

Openbaarmaking- en informatieverstrekking moeten op de transportmarkt van elektriciteit met name een controlefunctie vervullen. Op grond van de Elektriciteitswet 1998 gelden informatieverplichtingen van de netbeheerders jegens de minister van Economische Zaken ten behoeve van het door de laatste op te stellen jaarverslag.⁵⁹ In zoverre wordt de controlefunctie vervuld (V.B.3).

⁵⁷ Zie paragraaf 6.7.4.

⁵⁸ Zie paragraaf 6.7.13.

⁵⁹ Zie paragraaf 6.7.5.

Bij concurrentie op de markt is sprake van een monopoliepositie van de eigenaar van de infrastructuur. De verlening van een periodieke concessie aan een netbeheerder is in theorie denkbaar, maar in de praktijk vanwege de hoge verzonken kosten van de infrastructuur, zou deze een zeer lange termijn moeten bedragen (V.B.4).

Ten slotte is er een rechtvaardiging voor publiek aandeelhouderschap van de netbeheerders zodat de eigendom van vitale infrastructuur bij de overheid kan blijven (V.B.5). Hiervoor is in de elektriciteitssector gekozen.

Slotsom elektriciteit

De publieke belangen zijn door de wetgever expliciet vastgesteld. Hierbij is echter niet aangegeven welke rangorde hierin zou moeten worden aangebracht. Bovendien wordt een goede marktordening en –toezicht door de wetgever als separaat publiek belang onderscheiden, hetgeen hier niet wordt nagevolgd. De concurrentiemodaliteit is door het EU-recht voorgeschreven. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen de concurrentie op de markt vorm te geven door als ontvlechting een volledige eigendomssplitsing door te voeren.

Bij de analyse van de partijen in de elektriciteitssector valt op dat veel wordt verwacht van concurrentie tussen leveranciers. In de praktijk blijkt van overstappen onvoldoende sprake te zijn. Dit probleem is te wijten aan de overstapaversie van de consument. Om deze aversie te verminderen, beveel ik aan om de leveranciers te verplichten tot het op een toegankelijke wijze publiceren van goed vergelijkbare informatie.

9.4.5.4 Stads- en streekvervoer

I. EU-recht

Op het stads- en streekvervoer is (nog) geen EU-rechtelijk marktordeningsregime van toepassing (I.A). Duidelijk is al wel dat dit in de toekomst wel het geval zal zijn. Dan is concurrentie om de markt, waarbij het recht om openbaar vervoer te verrichten openbaar moet worden aanbesteed het uitgangspunt waarop uitzonderingen mogelijk zijn (I.A).⁶⁰ Op grond van het algemene EU-recht geldt een transparantieplicht maar geen aanbestedingsplicht als uitgangspunt.⁶¹ De nationale wetgever heeft binnen de ruimte die het EU-recht biedt gekozen om aan te sluiten bij een strikt aanbestedingsregime. Deze ruimte had beter benut kunnen worden door een aanbestedingsregime toe te passen op concessies in het stads- en streekvervoer die meer aansluiten bij het karakter van deze sector. Hierbij is van belang dat er meer ruimte is voor overleg dan onder het aanbestedingsrecht mogelijk is.⁶²

II. Publieke belangen

Met de PSO-verordening wordt beoogd dat het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van de DAEB in het openbaar vervoer toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs (II.A). In de Wp 2000 en de toelichting daarbij zijn niet op expliciete wijze publieke belangen geïdentificeerd. Niettemin kan hieruit worden afgeleid dat de kwaliteit, leveringszekerheid, de bescherming van de gebonden consument en de veiligheid van groot belang zijn in deze sector (II.B).

⁶⁰ Zie paragraaf 7.3.2.

⁶¹ Zie paragraaf 7.3.3.

⁶² Zie paragraaf 7.3.4 en 7.7.2.3.

III. Concurrentiemodaliteiten

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, noopt het EU-recht nog niet tot een voorgeschreven keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, maar zal dit in de toekomst wel het geval zijn (III.A). Het onderzoek naar de sector heeft overigens uitgewezen dat concurrentie tussen marktsegmenten en concurrentie op de markt niet haalbaar zijn, vanwege de aanwezigheid van een natuurlijk monopolie en praktische belemmeringen.⁶³ Dan blijven concurrentie om de markt en geen concurrentie over (III.B).

IV. Partijen

Alle publieke belangen in het stads- en streekvervoer worden met overheidsbemoeienis geborgd (IV.A). Dit is gelet op de concurrentiemodaliteit wenselijk: bij concurrentie om de markt bepaalt de overheid de vraag. Er is geen sprake van concurrentie om de gunst van de consument maar om de gunst van de overheid. In het stads- en streekvervoer is het uitgangspunt dat de concessieverlener de publieke belangen identificeert en dat hij ervoor verantwoordelijk is dat ze worden geborgd (IV.B.2). Er zijn geen publieke belangen die zonder overheidsbemoeienis worden geborgd (IV.C).

V.C Instrumenten

Het is van belang dat voldoende voorschriften worden vastgesteld gelet op het monopolie dat de concessiehouder verkrijgt. Hierbij moet aandacht worden besteed aan de vraag hoe gedetailleerd dit gebeurt, gelet op de mogelijke wens te profiteren van de kennis en kunde van de marktpartij. Daarnaast moeten de regels op een zo laag mogelijk niveau worden vastgesteld (V.C.1). In het stads- en streekvervoer kunnen vergaande voorschriften aan de concessie worden verbonden. Hierbij moet wel in het oog worden gehouden dat de concessieverlener niet doorslaat in detailvoorschriften.⁶⁴

Vanwege het aanwezige monopolie is het van belang dat de tariefregulering plaatsvindt onder democratische controle. De tariefregulering is in het stads- en streekvervoer onderdeel van de concessie. Aan deze voorwaarde is derhalve voldaan. De vervoersautoriteiten fungeren onder politieke verantwoordelijkheid. Daarnaast is van belang te bezien op welk niveau de tariefregulering moet plaatsvinden. Omdat de tariefregulering aan de concessie is verbonden, gebeurt dit in het huidige systeem op regionaal niveau. Ook zou kunnen worden gesteld dat gelet op het publieke belang van openbaar vervoer regionale prijsverschillen onwenselijk zijn en dat daarom de tariefregulering naar het nationale niveau getild moet worden (V.C.2).

De concessieverlener moet over voldoende informatie beschikken om een goede keuze te kunnen maken voor een vervoerder die de concessie verkrijgt. Het is daarom van belang dat in of op grond van de wet informatieverplichtingen worden geregeld. Met name de zittende concessiehouder moet gedwongen kunnen worden informatie prijs te geven, hetgeen hij niet vrijwillig zal doen.⁶⁵ Daarnaast is het van belang dat de concessieverlener over voldoende informatie beschikt over de uitvoering van de concessie (V.C.3). Dit moet in de concessie worden geregeld. In de Wp 2000 is bepaald dat voorschriften hiertoe aan de concessie moeten worden verbonden.⁶⁶ Ook aan deze voorwaarde van het afwegingskader is voldaan.

De concessie is een geschikt instrument om concurrentie op de markt te ontwerpen. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is door de wetgever ook voor dit instrument gekozen.

⁶³ Zie paragraaf 7.5.4.

⁶⁴ Zie paragraaf 7.7.2.1.

⁶⁵ Zie paragraaf 7.7.2.3.

⁶⁶ Zie paragraaf 7.7.2.1.

Daarnaast is voor het verrichten van openbaar vervoer tevens een vergunning vereist. Dit levert een dubbele toets op. De voorwaarden die aan de vergunning kunnen worden gesteld, zouden ook als voortoets in het concessietraject kunnen worden meegenomen. De vergunning is hier daarom niet noodzakelijk (V.C.4).

Er is geen reden voor publiek aandeelhouderschap omdat de grip van de overheid nagenoeg compleet is op de concessie. De Staat heeft nog een aantal aandelen in Connexxion, van oudsher een overheidsbedrijf, maar het is de bedoeling het bedrijf volledig te privatiseren (V.C.5).

Slotsom stads- en streekvervoer

Het EU-recht verplicht nu nog niet, maar in de nabije toekomst wel tot het introduceren van concurrentie om de markt in het stads- en streekvervoer. Voor deze sector zijn helaas niet op expliciete wijze publieke belangen geïdentificeerd. Dit maakt het moeilijker om na te gaan in hoeverre publieke belangen daadwerkelijk worden geborgd. Duidelijk wordt dat veel wordt verwacht van de regionale vervoersautoriteiten die onder politiek-democratische controle functioneren. Het is de bedoeling dat ook de prijs voor het stads- en streekvervoer volledig door deze autoriteiten worden bepaald.

Een aanbeveling die kan worden gedaan is het creëren van een verdelingsmechanisme van de concessies, dat – anders dan het klassieke aanbestedingsrecht – ruimte biedt voor overleg.

9.4.5.5 Kabel

I. EU-recht

Op de kabelsector is een specifiek marktordeningsregime van toepassing. Hieruit vloeien veel beperkingen voort voor de nationale wetgever van de mogelijkheden om de sector te reguleren. Voor publieke belangen, concurrentiemodaliteiten en instrumenten bepaalt het sector-specifieke EU-recht hoe de nationale overheid moet handelen (I.A).⁶⁷

II. Publieke belangen

De nationale wetgever heeft niet expliciet aangegeven welke publieke belangen de wetgeving ter regulering van de kabelsector zou moeten dienen. Uit de relevante parlementaire geschiedenis zijn de doelstellingen afgeleid en hier beschreven. Samenvattend kan worden gesteld dat de volgende publieke belangen in de kabelsector door de nationale wetgever, in navolging van de Europese wetgever, zijn vastgesteld: een lage prijs voor een goede kwaliteit, toegankelijkheid, een pluriform aanbod, bescherming van de consument tegen machtsmisbruik door de kabelexploitant en voldoende keuzevrijheid voor de consument. Concurrentie is volgens de wetgever het middel om deze doelen te bereiken (II.A-B).⁶⁸

III. Concurrentiemodaliteiten

Het EU-recht legt de modaliteit concurrentie tussen marktsegmenten op aan de lidstaten. Pas als dit niet werkt, mag met goedkeuring van de Europese Commissie concurrentie op de markt worden geïntroduceerd (III.A).⁶⁹

⁶⁷ Zie paragraaf 8.3.4.

⁶⁸ Zie paragraaf 8.4.4.

⁶⁹ Zie paragraaf 8.5.4.

IV. Partijen

OPTA heeft op grond van het sectorspecifieke EU-recht vergaande bevoegdheden om – onder strikte voorwaarden – in te grijpen in de kabelsector. OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan en fungeert niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid. Het uitgangspunt in de kabelsector is concurrentie en daarom is het in beginsel aan de markt – consument en kabel-exploitant – omde publieke belangen te borgen (IV.A). De vraag moet worden beantwoord op welke wijze wordt verwacht dat de publieke belangen zonder overheidsbemoeienis worden geborgd en of hiervoor faciliterende regulering gewenst is.⁷⁰

V. Instrumenten

Bij de bespreking van de instrumenten in de kabelsector moet een relativering worden geplaatst. Het afwegingskader is hierop niet van toepassing omdat de belangrijkste instrumenten met het EU-recht zijn gegeven. Tegen deze achtergrond moet de onderstaande beoordeling worden gelezen.

In de sturende wetgeving moeten vooral randvoorwaarden en spelregels staan, en geen detailregulering. Voor het niveau van regelstelling geldt dat kernbepalingen in een wet in formele zin zouden moeten staan, terwijl de overige regels in verband met de flexibiliteit op een zo laag mogelijk niveau, in casu door OPTA, worden vastgesteld. Als sturende wetgeving door OPTA wordt vastgesteld, strekt het tot de aanbeveling om de minister van Economische Zaken de bevoegdheid te geven om deze te vernietigen, gelet op de politiek-democratische controle (V.A.1).

Het is van belang dat de consument in de kabelsector over relevante en betrouwbare informatie kan beschikken, nu veel verwacht wordt van concurrentie in deze sector. Openbaarmaking en informatieverstrekking vervult hier een ontwerpfunctie. Niet is gebleken dat de sector zelf onvoldoende voorziet in de informatiebehoefte van de consument. Als straks concurrentie op de markt wordt geïntroduceerd, zal moeten blijken of voldoende betrouwbare en vergelijkbare informatie beschikbaar is. Daarnaast kan openbaarmaking en informatieverstrekking een controlefunctie vervullen. In de kabelsector kunnen zowel de minister van Economische Zaken als OPTA van een ieder en te allen tijde inlichtingen vorderen.⁷¹ Ten slotte zou *naming & shaming* kunnen worden toegepast als sanctie. Hiervan dient terughoudend gebruik te worden gemaakt. Op dit moment bestaat daarvoor geen wettelijke grondslag (V.A.2).

Er is geen sprake van ex ante tariefregulering. Er lijkt ook geen noodzaak te bestaan om op te leggen dat redelijke tarieven worden gehanteerd (V.A.3).

Het verdient in beginsel niet de voorkeur om een vergunningsstelsel te hanteren. Dit gebeurt ook niet in de kabelsector. Een lichter middel is mogelijk, zoals een meldplicht zodat duidelijk is welke marktdeelnemers actief zijn. De concessie is niet geschikt voor het ontwerpen van concurrentie op de markt (V.4).

Publiek aandeelhouderschap is in beginsel niet aangewezen, tenzij het zou gaan om het beheren van zeer vitale infrastructuur. Aangezien een zeer groot deel van de huishoudens is aangesloten op de kabel en daarvan afhankelijk is voor het ontvangen van omroepsignalen, zou dit in beginsel verdedigbaar kunnen zijn. Er is geen sprake van publiek aandeelhouderschap in de kabelsector (V.5).

⁷⁰ Zie paragraaf 8.6.

⁷¹ Zie paragraaf 8.7.5.

Slotsom kabel

Voor de kabelsector heeft de nationale wetgever, zoals hiervoor is gebleken, bijzonder weinig ruimte om keuzes te maken. Om deze reden worden hier dan ook geen aanbevelingen aan de nationale wetgever gedaan.

9.5 Samenvatting

9.5.1 Inleiding

In dit proefschrift heb ik aspecten verbonden met het liberaliseren en privatiseren van nutssectoren in zijn algemeenheid (hoofdstukken 1-4) en in een viertal specifieke sectoren onderzocht (hoofdstukken 5-8). Ten slotte heb ik op basis van deze bevindingen een afwegingskader geformuleerd aan de hand waarvan beslissingen die worden genomen met het oog op het liberaliseren van nutssectoren op systematische wijze kunnen worden genomen en geëvalueerd. In deze samenvatting worden de probleemstelling en de opzet van het onderzoek weergegeven (9.5.2). Daarna wordt ingegaan op de bevindingen die zijn neergeslagen in het afwegingskader (9.5.3). Vervolgens wordt de vergelijking van de vier onderzochte sectoren gepresenteerd (9.5.4).⁷²

9.5.2 Probleemstelling en opzet onderzoek

De centrale probleemstelling van deze studie luidt: wat zijn de voorwaarden voor en beperkingen aan het reguleren van markten in nutssectoren met het oogmerk om publieke belangen te borgen vanuit het perspectief van de nationale wetgever, gegeven belangrijke grenzen die het recht van de Europese Unie daaraan stelt?

Deze probleemstelling is uitgewerkt in een aantal deelvragen die in de algemene hoofdstukken aan de orde komen. De doelstelling van het onderzoek is een afwegingskader aan de hand waarvan de wetgever op systematische wijze tot een zo goed mogelijke toepassing van regulering kan komen.

De eerste deelvraag die is beantwoord, is welke ruimte de nationale wetgever heeft om een eigen afweging te maken betreffende het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren, gelet op de grenzen die het EU-recht aan deze ruimte stelt (hoofdstuk 2). De tweede vraag is met welke specifieke aspecten rekening moet worden gehouden bij het borgen van publieke belangen op gereguleerde markten in nutssectoren (hoofdstuk 3). De derde deelvraag is wat van bepaalde instrumenten kan worden verwacht bij het reguleren van markten in nutssectoren (hoofdstuk 4).

Vervolgens zijn de volgende vier specifieke sectoren onderzocht: drinkwater (hoofdstuk 5), elektriciteit (hoofdstuk 6), stads- en streekvervoer (hoofdstuk 7) en de kabel (hoofdstuk 8). In deze sectorhoofdstukken staat een identieke vraagstelling centraal: in hoeverre is de nationale overheid (Tweede Kamer en minister) gegeven de gekozen concurrentiemodaliteit, de verantwoordelijkheidsverdeling in de sector en de beschikbare instrumenten, in staat om in te grijpen om publieke belangen te borgen binnen belangrijke grenzen van het EU-recht.

Daarna zijn de conclusies van de algemene hoofdstukken achter elkaar gezet (9.2). Voor de sectorhoofdstukken is een onderlinge vergelijking gemaakt op verschillende kernpunten

⁷² De schematische weergave van het afwegingskader is weergegeven in paragraaf 9.4.4.

(9.3). Ten slotte is op grond van de algemene hoofdstukken een afwegingskader geformuleerd (9.4) dat tevens is toegepast op de specifieke sectoren (9.4.5).

In deze samenvatting ga ik hoofdzakelijk uit van hoofdstuk 9 waarin alle bevindingen uit voorgaande hoofdstukken zijn opgenomen. Eerst ga ik in op de algemene bevindingen op die neerslaan in het afwegingskader (9.5.3) en vervolgens op de vergelijking tussen de verschillende sectoren (9.5.4).

9.5.3 Afwegingskader

Met behulp van het in dit onderzoek gepresenteerde afwegingskader kan bij het reguleren van markten tot een afgewogen inzet van instrumenten worden gekomen. Het afwegingskader bestaat uit een aantal onderdelen. De eerste vier onderdelen zien op afwegingen in het kader van het EU-recht, van publieke belangen, van de keuze voor een concurrentiemodaliteit en van de bij het borgen van publieke belangen betrokken partijen. Vervolgens is een vijfde onderdeel toegevoegd dat ingaat op de vraag welke van de in dit onderzoek geanalyseerde instrumenten een rol kunnen spelen in de onderscheidenlijke concurrentiemodaliteiten en welke aandachtspunten hierbij onder ogen zouden moeten worden gezien.

EU-recht

Het EU-recht speelt een buitengewoon belangrijke rol bij de regulering van nutssectoren en de analyse van het toepasselijke EU-recht mag daarom niet ontbreken in een afwegingskader voor de nationale wetgever. In hoofdstuk 2 bleek dat het van belang is voor de nationale wetgever om, voordat reguleringskeuzes worden gemaakt, nauwlettend te bezien welke ruimte nog over is om keuzes te maken en op welke wijze deze ruimte het best kan worden ingevuld. Het EU-recht geeft de kaders waarbinnen de nationale wetgever kan opereren. In hoofdstuk 4 is bij de behandeling van de verschillende functies van wetgeving naar voren gekomen dat het EU-verdrag een kaderstellende functie vervult. Om deze reden vormt het toepassen van het EU-recht de eerste stap in het afwegingskader.

In hoofdstuk 2 is geconstateerd dat het EU-recht op drie verschillende manieren kan omgaan met de spanning tussen de markt en publieke belangen. Ten eerste kan men aan de lidstaten volledige soevereiniteit toekennen. Ten tweede kan het primaire EU-recht van toepassing zijn, maar kunnen daarop uitzonderingen gerechtvaardigd zijn en ten derde kan het EU-recht zelf met sectorale oplossingen komen. In het afwegingskader komen deze manieren alle drie aan de orde.

De eerste vraag luidt of er sectorspecifieke EU-regelgeving van toepassing is op de betrokken sector. Deze vraag ziet op de (hiervoor genoemde) derde manier om met de spanning tussen de markt en publieke belangen om te gaan. De vraag zou ook als volgt kunnen worden geformuleerd: is het EU-recht zelf met sectorale oplossingen gekomen in de vorm van secundaire regelgeving? Als dit het geval is, moet worden onderzocht welke verplichtingen voor de nationale wetgever uit dit EU-recht voortvloeien. Hierbij moet worden bezien waar en in hoeverre de nationale wetgever nog vrijheid heeft ten aanzien van het identificeren van publieke belangen, de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit en bepaalde instrumenten.

Als er geen sectorspecifieke regelgeving van toepassing is, of als de betrokken sectorspecifieke regelgeving niet uitputtend is bedoeld, moet worden nagegaan of en in hoeverre de diensten die worden verleend en de goederen die worden geleverd aan te merken zijn als diensten van algemeen niet-economisch belang (DANEB) of diensten van algemeen economisch belang (DAEB). Op deze verschillende soorten diensten zijn verschillende regels van

toepassing. Als sprake is van diensten die geen economisch karakter hebben, is het primaire EU-recht niet van toepassing. Dat betekent dat de lidstaat vrij is om zelf de regulering van de betrokken sector te bepalen. Dit is de eerste manier om met de spanning tussen de markt en publieke belangen om te gaan: aan de lidstaten komt op dit punt volledige soevereiniteit toe. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat de toepassing van het EU-recht deels afhankelijk is van de wijze van organisatie van de sector. Als de sector zodanig wordt ingericht dat zij op het solidariteitsbeginsel is gestoeld, puur een sociale functie vervult en niet op winst is gericht, kan door het Hof worden geconcludeerd dat sprake is van DANEB. De verrichte diensten hebben op grond van deze criteria geen economisch karakter. Een entiteit die DANEB verricht, is geen onderneming in de zin van het EU-recht en het EU-recht is derhalve op dat handelen niet van toepassing (I.B.1). Dit lijkt vooralsnog in nutssectoren een uitzondering te zijn, maar kan ook niet worden uitgesloten.

Als sprake is van DAEB, hetgeen in nutssectoren vaak het geval is, betekent dit dat het EU-recht in beginsel volledig van toepassing is. Dit is de tweede manier van het omgaan met de spanning tussen de markt en publieke belangen: het primaire EU-recht is in beginsel van toepassing, maar mogelijk kunnen uitzonderingen worden gerechtvaardigd.

Als sprake is van een dienst of goed in de zin van het VWEU, niet zijnde van algemeen belang, is het primaire EU-recht van toepassing. Vervolgens moet in deze laatste twee gevallen worden bezien of en in hoeverre uitzonderingen op het mededingingsrecht en de regels van het vrij verkeer van toepassing zijn.

Voor een geslaagd beroep op een uitzondering op het mededingingsrecht moet aan een drietal voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet sprake zijn van een onderneming die is belast met het verrichten van DAEB. Ten tweede moet de aan deze onderneming toevertrouwde taak door het mededingingsrecht worden verhinderd. Dit is de zogenaamde proportionaliteitstoets. En ten derde mag geen sprake zijn van strijdigheid met het belang van de EU.

Voor een geslaagd beroep op een uitzondering op de regels van het vrij verkeer moet ook aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Ten eerste moet sprake zijn van een algemeen belang exceptie en ten tweede moet de beperking van het vrij verkeer proportioneel zijn. Hier geldt een strenge proportionaliteitstoets. Dit betekent dat er geen andere mogelijkheid met een minder ingrijpende beperking mag zijn om hetzelfde doel te bereiken.

Publieke belangen

Nadat duidelijk is geworden welke ruimte de nationale wetgever heeft om te reguleren onder het EU-recht, is het van belang te identificeren welke publieke belangen met de regulering worden nagestreefd. De vraag naar publieke belangen gaat vooraf aan de vraag naar de concurrentiemodaliteit en de instrumenten aangezien eerst moet worden vastgesteld welke doelen men wil bereiken in de betrokken sector. Onder publieke belangen worden in dit onderzoek verstaan: alle doelen die de overheid in een bepaalde sector voor ogen heeft, ongeacht of deze door overheidsbemoeienis of door (het door de overheid faciliteren van) private partijen worden gerealiseerd. De belangrijkste publieke belangen in nutssectoren die door de wetgever zijn vastgesteld, zijn: leveringszekerheid en continuïteit, bescherming van de gebonden consument, universele dienstverlening (waaronder betaalbaarheid), kwaliteit, milieu en volksgezondheid.

Eerst moet worden vastgesteld welke publieke belangen reeds uit het EU-recht voortvloeien. Het is van groot belang dat de nationale wetgever vervolgens, voor zover dat mogelijk is, de publieke belangen die zij voor ogen heeft met regulering van een nutssector als zodanig iden-

tificeert. Gelet op de aard van publieke belangen is het echter niet altijd mogelijk om publieke belangen meteen in een eindresultaat vast te leggen. Zoals in hoofdstuk 3 naar voren is gekomen, zijn zij immers soms veranderlijk in de tijd, onderling tegenstrijdig en moeten zij daarom tegen elkaar worden afgewogen. Publieke belangen kunnen niet altijd en allemaal op voorhand door de wetgever worden afgewogen omdat juist in situaties waarin veel van marktwerking wordt verwacht, de uitkomst van het proces van vraag en aanbod niet vooraf is vast te leggen. Niettemin is het van belang dat de wetgever de publieke belangen zoveel mogelijk identificeert en waar mogelijk ertussen een hiërarchie aanbrengt. Waar dit niet mogelijk is moet onder ogen worden gezien door wie de afweging tussen de belangen plaatsvindt. Uit de sectorhoofdstukken volgt dat dit in de onderzochte sectoren niet altijd is gebeurd.

Concurrentiemodaliteit

De derde stap in het afwegingskader behelst de keuze voor een concurrentiemodaliteit. Deze keuze wordt ingegeven door de economische kenmerken van een sector. Er zijn vijf verschillende concurrentiemodaliteiten waaruit kan worden gekozen: concurrentie tussen markten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt, maatstafconcurrentie (een prestatievergelijking met afrekenmechanisme) en geen concurrentie, waartoe de prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme kan worden gerekend. Het centrale economische kenmerk dat regulering in nutssectoren rechtvaardigt, is de aanwezigheid van een natuurlijk monopolie. Dit houdt verband met het gegeven dat nutsdiensten vaak worden geleverd door middel van een infrastructuur die hoge verzonken kosten met zich brengt, waardoor duplicatie niet rendabel is. Bovendien is een nutsdienst van algemeen nut en vaak moeilijk substitueerbaar.

Op het moment dat sprake is van een natuurlijk monopolie, is concurrentie tussen marktsegmenten geen reële optie. Dit is echter geen vaststaand gegeven. Door technologische ontwikkelingen kan een natuurlijk monopolie minder sterk worden, zoals is gebleken in de telecommunicatiesector, waar nieuwe technologieën onder andere mobiele telecommunicatie mogelijk maakten. De andere concurrentiemodaliteiten zijn reële opties in de situatie van een natuurlijk monopolie. Voor concurrentie op de markt is het van belang of het natuurlijk monopolie, veelal de infrastructuur in nutssectoren, kan worden opgedeeld in verschillende onderdelen waar op bepaalde onderdelen van de sector wel concurrentie wordt mogelijk gemaakt terwijl in andere onderdelen het monopolie gehandhaafd blijft. Zo kan er onder omstandigheden een monopolie bestaan voor het transport van een goed of dienst terwijl voor de levering concurrentie bestaat. Als dit mogelijk is, dan kan voor concurrentie op de markt worden gekozen.

Daarnaast is concurrentie om de markt een mogelijkheid. Hiervoor is van belang dat de praktische kenmerken van de sector zodanig zijn dat het mogelijk en niet te kostbaar is om periodiek het monopolie over te dragen.

Ten slotte is er ook de optie om niet voor concurrentie te kiezen. Dit kan door een periodieke prestatievergelijking in te voeren, al dan niet met de mogelijkheid om de monopolist af te rekenen op ondermaats presteren. Een andere optie, als vergelijkingen moeilijk te maken zijn, is om de nutsdienst in beheer van de overheid te laten verrichten.

Als in een nutssector niet of niet langer sprake is van een natuurlijk monopolie dan is ook concurrentie tussen marktsegmenten mogelijk en in beginsel het meest voor de hand liggend. Er is dan vanuit economisch perspectief immers een vruchtbare situatie aanwezig voor concurrentie zodat overheidsingrijpen op dit punt niet noodzakelijk is.

Partijen

In de vierde stap van het afwegingskader wordt bepaald door wie publieke belangen (nader) zouden moeten worden geïdentificeerd en tegen elkaar afgewogen gegeven de gekozen concurrentiemodaliteit. De eerste vraag die daarbij rijst is of de betrokken publieke belangen door de overheid moeten worden geïdentificeerd en of dit al dan niet onder volledige politieke verantwoordelijkheid zou moeten gebeuren. Als het borgen van de publieke belangen zou moeten worden overgelaten aan private partijen, moet onder ogen worden gezien of zij daartoe over voldoende instrumenten beschikken. Op deze vraag wordt verderop in het afwegingskader antwoord gegeven (stap V).

Het is van belang scherp voor ogen te houden dat een verschil bestaat tussen het identificeren en het borgen van publieke belangen. De eerste situatie ziet op het beslissen over de inhoud van het betrokken publieke belang en het daartoe eventueel tegen elkaar afwegen van de verschillende publieke belangen. De tweede situatie ziet op het ervoor zorgen dat mogelijkheden bestaan om het publieke belang in kwestie, het doel, daadwerkelijk te behalen. Soms zijn identificeren en borgen goed te scheiden, soms vallen zij samen. Als bijvoorbeeld de wetgever vaststelt dat een dienst moet worden geleverd tegen een bepaalde vaste prijs, identificeert de wetgever dit publieke belang en met behulp van het instrument sturende wetgeving en toezicht en handhaving wordt dit publieke belang meteen geborgd. Uiteindelijk vindt de uitvoering zelf plaats door de betrokken onderneming. Als aan private partijen en daarmee aan de markt wordt overgelaten wat de prijs zal zijn van een nutsdienst, wordt de uitkomst en de mate waarin de publieke belangen daadwerkelijk gerealiseerd worden door de marktpartijen bepaald. Hoewel dan niet kan worden gesproken van een 'afweging' zoals daarvan bij de overheid sprake is, valt het borgen en identificeren ook in dit laatste geval samen.

Instrumenten

In het onderstaande wordt ingegaan op de vijfde stap van het afwegingskader. Na de analyse van het toepasselijke EU-recht, het identificeren van de publieke belangen en de keuze voor de concurrentiemodaliteit en de partijen, wordt nu ingegaan op de wijze waarop de hier onderzochte instrumenten bij de gekozen concurrentiemodaliteit zouden moeten of kunnen worden ingezet. Hierna wordt per concurrentiemodaliteit uitgewerkt welke voorwaarden bestaan voor en beperkingen kleven aan de inzet van de onderzochte instrumenten. Hierbij heb ik een onderscheid gemaakt tussen de ontwerp-, controle- en correctiefunctie die door de instrumenten kan worden vervuld. Als eenmaal is gekozen voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, moet de markt vervolgens worden 'ingericht' met instrumenten die deze functies vervullen. De eerste stap is te bepalen met behulp van welke instrumenten de markt zal kunnen werken en op welke wijze de publieke belangen op een goede manier worden geïdentificeerd en afgewogen. Dit betreft de keuze voor de instrumenten met een ontwerpfunctie. Voor een deel kunnen publieke belangen door de wetgever worden afgewogen en geïdentificeerd, voor een deel door lagere regelgevers of bestuursorganen. Na het ontwerpen van de markt is het van belang vast te stellen hoe het best kan worden gecontroleerd of de ontwerpinstrumenten worden nageleefd: het toezicht in enge zin. Dit betreft de keuze voor instrumenten met een controlefunctie. Ten slotte moet worden vastgesteld welke instrumenten noodzakelijk zijn, als blijkt dat de publieke belangen niet worden bereikt, in te grijpen om ervoor te zorgen dat de publieke belangen alsnog worden geborgd en eventueel om overtredingen te handhaven.

De toepassing van het afwegingskader leidt uiteindelijk tot een antwoord op de vraag of de publieke belangen die zijn geïdentificeerd in stap II, kunnen worden geborgd met behulp

van instrumenten, waarmee zowel het ontwerpen van de markt, het controleren van de markt en het corrigerend ingrijpen in de markt is verzekerd. Zoals eerder reeds is opgemerkt, kan dit afwegingskader worden uitgebreid met andere instrumenten en bijbehorende afwegingen.

Per concurrentiemodaliteit wordt hierna uitgewerkt welke van de hier onderzochte instrumenten daarbij kunnen worden ingezet en op welke wijze. Aan de orde komen steeds de in hoofdstuk 4 besproken instrumenten: sturende wetgeving, tariefregulering, openbaarmaking en informatieverstrekking, vergunning en concessie en ten slotte publiek aandeelhouderschap. Het afwegingskader leent zich voor uitbreiding met andere, hier niet onderzochte, instrumenten. Daarnaast leent de systematiek zich voor toepassing in andere sectoren.

In elke concurrentiemodaliteit is sturende wetgeving noodzakelijk. Hoe meer rechtstreekse concurrentie plaatsvindt hoe minder gedetailleerd sturende wetgeving moet zijn. Waar sprake is van weinig rechtstreekse concurrentie groeit de ruimte voor detailnormering. Sturende wetgeving is een eenzijdig opgelegd en ingrijpend instrument. De mate van ingrijpendheid kan echter erg verschillen afhankelijk van de inhoud van de betrokken norm. Sturende wetgeving vervult een ontwerpfunctie.

Tariefregulering speelt in veel nutssectoren een grote rol, zij het op verschillende manieren. Tariefregulering kan op verschillende juridische manieren vorm krijgen en op meer of minder ingrijpende wijze. Tarieven kunnen ex ante of ex post worden vastgesteld. Er kan algemene of sectorspecifieke tariefregulering plaatsvinden. Hoe meer sprake is van concurrentie in een bepaalde sector, hoe minder ingrijpend de tariefregulering zou moeten zijn. Tariefregulering kan een ontwerp- en een correctiefunctie vervullen.

Ook aan informatieverstrekking en openbaarmaking is in nutssectoren veel behoefte. Dit instrument kan een ontwerp-, controle- en een correctiefunctie vervullen. Des te meer sprake is van concurrentie des te belangrijker het is dat de betrokken partijen over betrouwbare en relevante informatie beschikken. Bij minder concurrentie is het vaak de toezichthouder die ter controle over informatie moet kunnen beschikken. Ten slotte kan informatie ook nog een correctiefunctie vervullen in de vorm van *naming and shaming*.

De vergunning en de concessie zijn klassieke juridische instrumenten die ook in nutssectoren veel worden gebruikt. Beide instrumenten bieden de overheid potentieel veel grip. De concessie is een instrument dat zich goed leent voor toepassing bij concurrentie om de markt. De vergunning wordt bij verschillende concurrentievormen gebruikt met een ontwerpfunctie. Doorgaans gaat het hierbij om een drempel om tot de markt toe te treden. Ik ben kritisch over het gebruik van de vergunning voor dit doel gelet op de vraagtekens die kunnen worden geplaatst bij de individuele belangenafweging bij bepaalde vergunningen in nutssectoren. De vergunning en concessie vervullen een ontwerpfunctie omdat zij instrumenten zijn die toegang tot de markt bieden. Aan de vergunning en concessie kunnen ook voorschriften met het oog op een controlefunctie worden verbonden, zoals het verschaffen van informatie. Ten slotte kunnen vergunning en concessie worden ingetrokken, hetgeen een corrigerend ingrijpen inhoudt.

Publiek aandeelhouderschap komt regelmatig voor in nutssectoren. Het instrument biedt weinig mogelijkheden om rechtstreeks in te grijpen om publieke belangen te borgen. Het kan wel nuttig zijn om infrastructuur die van vitaal belang is in publieke handen te houden zodat er in crisissituaties relatief makkelijk kan worden ingegrepen. Publiek aandeelhouderschap is in beginsel een ontwerpinstrument. De aandeelhoudersbevoegdheden kunnen in beperkte mate worden benut om te controleren en te corrigeren.

Hierna wordt per concurrentiemodaliteit ingegaan op deze instrumenten. Achtereenvolgens komen aan de orde: concurrentie tussen marktsegmenten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt en de prestatievergelijking.

Instrumenten per concurrentiemodaliteit

Als wordt gekozen voor *concurrentie tussen marktsegmenten* betekent dit dat het identificeren van en afwegen tussen publieke belangen voor een belangrijk deel in de markt plaats zou moeten vinden door private partijen in het concurrentieproces. Dit heeft tot gevolg dat er slechts beperkte mogelijkheden zouden moeten zijn om in te grijpen onder politiek-democratische controle. Het politiek-democratische ingrijpen zou immers waarschijnlijk de markt verstoren. De consequentie van de keuze voor concurrentie tussen markten zou een zekere terughoudendheid van de politiek moeten zijn om in te (willen kunnen) grijpen.

Het instrument sturende wetgeving heeft een ontwerpfunctie en speelt bij deze concurrentiemodaliteit een belangrijke rol (vergeleken met de andere instrumenten). De verklaring hiervoor is dat bij vergaande concurrentie weinig behoefte bestaat aan specifiek en concreet overheidsingrijpen. Daarom moet de overheid zich verlaten op het vaststellen van slechts de spelregels en waar nodig randvoorwaarden. Deze regels kunnen worden vastgelegd in sturende wetgeving. Door het vaststellen van sturende wetgeving kunnen de nationale en lagere regelgevers de randvoorwaarden (of spelregels) formuleren waarbinnen deze concurrentie kan plaatsvinden en het borgen van publieke belangen door private partijen op deze manier faciliteren en aan banden leggen. Het gaat hierbij uitdrukkelijk om randvoorwaarden omdat voor ingrijpende algemeen verbindende voorschriften over bijvoorbeeld de kwaliteit en prijs van de betrokken goederen en diensten zeer beperkt ruimte is in een sector waar wordt beoogd door concurrentie en derhalve de werking van de markt publieke belangen te borgen. Dit betekent dat hiermee rekening zal moeten worden gehouden bij de invulling van de normen zodat zij daadwerkelijk het karakter van randvoorwaarden en spelregels hebben.

Omdat de spelregels hier slechts de randvoorwaarden bepalen, is het minder bezwaarlijk dat deze regels eenzijdig (hiërarchisch) worden opgelegd en relatief inflexibel zijn. Wel is van belang dat waar mogelijk, deze regels op een lager niveau worden vastgesteld omdat zij dan eenvoudiger kunnen worden gewijzigd en eventueel door een marktautoriteit die over specifieke expertise van de betrokken sector beschikt. In dit laatste geval kan het gebrek aan politiek-democratische controle op deze sturende wetgeving waar nodig worden gecompenseerd door aan de betrokken minister een vernietigingsrecht toe te kennen.

Daarnaast is in deze concurrentiemodaliteit informatieverschaffing en openbaarmaking met een ontwerpfunctie belangrijk om marktwerking goed te laten functioneren. Consumenten moeten immers in staat zijn om een rationele keuze te maken om voldoende effectieve concurrentie tot stand te laten komen. Hiervoor moet betrouwbare en relevante informatie beschikbaar zijn. Er kunnen echter vraagtekens worden geplaatst bij het rationele gedrag van de consument. Dit betekent dat met het oog hierop in nutssectoren naar mijn mening een vorm van toezicht noodzakelijk zal blijven. Zo kan worden nagegaan of de informatie betrouwbaar en beschikbaar is maar ook in hoeverre de gewenste concurrentie daadwerkelijk tot stand komt.

Bij concurrentie tussen marktsegmenten is in beginsel geen ex ante tariefregulering noodzakelijk mits daadwerkelijk adequate concurrentie tot stand komt. Ingrijpende tariefregulering werkt marktversturend en daarmee moet derhalve terughoudend worden omgegaan. Eventueel kan achteraf worden ingegrepen op grond van het algemene mededingingsrecht als de prijzen onredelijk hoog blijken te zijn. Daarnaast kan door middel van sturende

wetgeving de verplichting worden opgelegd dat redelijke tarieven moeten worden gehanteerd in een overgangssituatie naar een meer competitieve markt. Of dit laatste zou moeten plaatsvinden, hangt sterk af van de totstandkoming van daadwerkelijke concurrentie.

De vergunning wordt ook met een ontwerpfunctie ingezet in dit type gereguleerde markten. Hiervoor bleek reeds dat daaraan bezwaren kleven. Zij is een ingrijpend instrument en leent zich meer voor gevallen waarin een concrete belangenafweging plaatsvindt dan voor een situatie waarin alle vergunninghouders aan dezelfde normen worden onderworpen op grond van de vergunning. Bij concurrentie tussen markten zou een meldingsplicht en sturende wetgeving naar mijn mening voldoende zijn.

Publiek aandeelhouderschap is gelet op de vergaande mate van concurrentie in beginsel niet aangewezen. Slechts indien sprake zou zijn van zeer vitale infrastructuur waarop publieke invloed op de lange termijn aangewezen zou zijn, zou hierover anders kunnen worden gedacht. In dit laatste geval moet echter scherp onder ogen worden gezien of deze overwegingen niet leiden tot een keuze voor een andere concurrentiemodaliteit gelet op de kennelijke aard en zwaarte van de betrokken publieke belangen.

Ten slotte moet worden gezien aan welke overige instrumenten behoefte bestaat. Bestuursrechtelijke reparatoire sancties stellen de overheid in staat om een onrechtmatige situatie te herstellen. Hierbij hangt het van de feitelijke situatie af of een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang moet kunnen worden opgelegd. Een last onder bestuursdwang kan mogelijk sneller tot resultaat leiden omdat het betrokken bestuursorgaan zelf de situatie kan herstellen. Niet elke situatie leent zich echter voor het toepassen van bestuursdwang, zoals een handeling waarvoor veel technologische kennis is vereist. Daarnaast kan worden gezien of een bindende aanwijzing als handavingsinstrument nodig is. Uit de besproken toepassing van de bindende aanwijzing in de onderzochte sectoren komt naar voren dat deze vooral wordt ingezet als een tussenstap voordat tot handhaving door middel van andere sancties wordt overgegaan. Hieraan kan behoefte zijn in situaties waarin de rechten en plichten van de betrokkenen niet op voorhand helder zijn, hoewel van belang is deze situaties zo min mogelijk te laten ontstaan.

Bij *concurrentie op de markt* moet een onderscheid worden gemaakt tussen de leveringsmarkt waarop rechtstreekse concurrentie plaatsvindt en de monopolistische transportmarkt. Bij concurrentie op de markt blijft de infrastructuur in handen van een monopolist die wordt gedwongen om verschillende leveranciers toe te laten tot zijn infrastructuur zodat deze met elkaar kunnen concurreren. De leveranciers concurreren rechtstreeks met elkaar, waarbij de consument een keuze maakt voor een bepaalde leverancier. Voor het beheer van de infrastructuur, de transportmarkt geldt dit niet. Hier is sprake van een monopoliepositie van de beheerder van de infrastructuur.

Voor de leveringsmarkt geldt in belangrijke mate hetzelfde als wat hiervoor is besproken bij concurrentie tussen marktsegmenten. Hier wordt derhalve daarbij aangesloten. Dit betekent dat voor de leveringsmarkt grotendeels dezelfde overwegingen een rol spelen als bij concurrentie tussen marktsegmenten.

Er is, zoals reeds opgemerkt, geen sprake van concurrentie bij het beheer van de infrastructuur bij deze concurrentiemodaliteit. Het is daarom gewenst om in sturende wetgeving gedetailleerd vast te leggen aan welke normen de beheerders van de infrastructuur moeten voldoen. Op de transportmarkt is het daarbij van belang dat in sturende wetgeving de toegang van leveranciers tot de infrastructuur is gegarandeerd.

Dit betekent voor de tariefregulering dat in dit geval de tarieven ex ante moeten worden vastgesteld onder politiek-democratische controle. Dit geldt zowel voor de tarieven

waartegen de leveranciers toegang krijgen tot de infrastructuur als voor de transporttarieven die in rekening worden gebracht bij de consument. Voor beide tarieven geldt immers dat zij toekomen aan een monopolist.

Informatieverstrekking vervult op de transportmarkt vooral een controlefunctie. Het is van belang dat er verplichtingen gelden op grond waarvan de beheerder van de infrastructuur gehouden is om informatie te verstrekken aan de overheid zodat deze kan nagaan of de normen worden nageleefd.

De publieke invloed op de beheerder van de infrastructuur kan op verschillende manieren vorm krijgen. Het beheer kan worden ondergebracht in concessies terwijl de eigendom van de infrastructuur publiek blijft.

Of voor publiek aandeelhouderschap moet worden gekozen (al dan niet gesplitst van het beheer), hangt af van de noodzaak om op de lange termijn ultieme publieke invloed te kunnen uitoefenen op de betrokken infrastructuur. Deze noodzaak hangt samen met het belang van de infrastructuur voor de maatschappij en in hoeverre daarop in crisissituaties eventueel publieke invloed moet kunnen worden uitgeoefend. Gebleken is dat een vergaande splitsing niet verenigbaar is met de regels van het vrij verkeer van kapitaal.

Bij *concurrentie om de markt* is het noodzakelijk een instrument in te zetten waarmee de onderneming die het tijdelijk monopolie verwerft aan banden kan worden gelegd. Indien een monopolist niet aan banden wordt gelegd, treedt immers marktfalen op. De concessie is volgens mij een geschikt instrument voor het verlenen van een tijdelijk monopolie. Het identificeren en afwegen van publieke belangen kan zowel in wetgeving als door de concessieverlener plaatsvinden.

Het is van belang om aan de concessie sturende wetgeving in de vorm van gedetailleerde voorschriften te verbinden vanwege het monopolie van de concessiehouder. Bij de keuzes van de wetgever inzake de concessie is verder van belang dat wordt afgewogen wat het doel van concurrentie om de markt is. Als het doel uitsluitend is het verkrijgen van een bepaalde dienst voor een zo laag mogelijke prijs dan kan de concessieverlener volledige vrijheid krijgen bij de invulling van de concessie. Als ook door de concurrentie moet worden geprofiteerd van de kennis en innovatie uit de markt dan is van belang dat wordt bepaald welke onderwerpen wel en welke onderwerpen niet tot in detail in de concessie kunnen worden geregeld. Aan de concessie kunnen voorschriften worden verbonden.

De tarieven moeten ex ante worden vastgesteld vanwege de monopoliepositie van de concessiehouder. Zij kunnen al dan niet in de concessie worden bepaald. Hierbij moet onder ogen worden gezien in hoeverre de concessieverleners vrij zijn in het vaststellen van deze tarieven en in hoeverre hierover normen in centrale wetgeving zouden moeten worden opgenomen.

Informatieverstrekking vervult in deze concurrentiemodaliteit een controlefunctie. De concessieverlener moet kunnen nagaan in hoeverre de concessie wordt nageleefd en of zich andere problemen voordoen. Een nadeel van de concessie is dat het moeizaam is om de voorschriften achteraf bij te stellen vanwege het tweezijdige karakter van de concessie. In beginsel moet opnieuw tot overeenstemming worden gekomen. Daarom strekt het tot aanbeveling om zeer zorgvuldig om te gaan met deze voorschriften. Daarnaast heeft informatieverstrekking een ontwerpfunctie waar het gaat om het beschikken over relevante en betrouwbare informatie bij het verlenen van de concessie. Met name is hierbij van belang dat de zittende monopolist verplicht wordt bepaalde informatie te verschaffen aan meedingers naar een toekomstige concessie.

Er is geen goede reden om voor publiek aandeelhouderschap van de ondernemingen die meedingen naar tijdelijke monopolies te kiezen. Door het instrument van de concessie heeft de overheid immers reeds vergaande invloed op de uitvoering ervan. Niet valt in te zien wat publiek aandeelhouderschap hieraan toe zou kunnen voegen. De betrokken ondernemingen concurreren met elkaar om de concessie te verkrijgen en publiek aandeelhouderschap staat met vergaande concurrentie op gespannen voet. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat het tijdelijk monopolie niet ziet op het verkrijgen van eigendom van infrastructuur.

Als wordt gekozen voor de modaliteit van de *prestatievergelijking zonder afrekenmechanisme* wordt gekozen om geen rechtstreekse concurrentie in te voeren. Doorgaans wordt voor deze modaliteit gekozen als sprake is van permanente monopolies waarbij introductie van concurrentie niet vruchtbaar of wenselijk zal zijn. Hierbij ligt het afwegen van publieke belangen in zeer belangrijke mate bij de overheid. Om deze reden is het aan de wetgever die in dit geval een belangrijk deel van de publieke belangen afweegt en dit neerlegt in sturende wetgeving. Er kan ook worden gekozen voor een *prestatievergelijking met afrekenmechanisme*, ook wel maatstafconcurrentie genoemd. Hierbij wordt de betrokken onderneming op basis van de prestatievergelijking rechtstreeks afgerekend op de geleverde prestaties. Hierbij is derhalve wel sprake van concurrentie.

De kern van de prestatievergelijking rust op de beschikbaarheid van betrouwbare en relevante informatie. Dit betekent dat in een instrument met een ontwerpfunctie moet worden geregeld dat de betrokken monopolisten relevante en betrouwbare informatie verschaffen aan de opsteller van de prestatievergelijking. Daarnaast is het van belang dat de overheid kan controleren of de vastgestelde sturende wetgeving wordt nageleefd.

De tarieven moeten in een dergelijk systeem ex ante worden gereguleerd door de overheid vanwege de permanente monopoliesituatie. Als dit niet zou gebeuren, zou de monopolist misbruik kunnen maken van zijn machtspositie.

Publiek aandeelhouderschap kan aangewezen zijn omdat het gaat om permanente monopolies, zeker voor het in publieke handen houden van vitale infrastructuur.

9.5.4 Vergelijking sectorhoofdstukken

De sectorhoofdstukken zijn met elkaar vergeleken op grond van de volgende vraagstellingen: (i) of en in hoeverre overeenkomsten en verschillen bestaan in de geschiedenis van de verhouding tussen overheid en markt in deze sectoren, (ii) of en in hoeverre overeenkomsten en verschillen bestaan in de ruimte die het EU-recht de nationale wetgever biedt, (iii) welke publieke belangen zijn geïdentificeerd, in hoeverre deze worden geëxpliciteerd en of hiertussen een prioriteitenstelling wordt aangebracht, (iv) welke motivering wordt gehanteerd van de keuze voor een bepaalde concurrentiemodaliteit, (v) of en in hoeverre overeenkomsten en verschillen bestaan bij de keuze voor bepaalde partijen en voor bepaalde instrumenten door de nationale wetgever en (vi) of overeenkomsten en verschillen bestaan in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en markt. Uiteindelijk is bezien in hoeverre de verschillen of overeenkomsten in de gemaakte keuzes gerechtvaardigd en consequent zijn.

Geschiedenis

Er blijkt in alle onderzochte sectoren een slingerbeweging te ontwaren tussen de mate van invloed van enerzijds de markt en anderzijds de overheid. Wellicht biedt uiteindelijk de metafoor van een meanderende rivier een meer geschikte omschrijving van deze geschiedenis. De

pendel of slinger impliceert een statisch heen en weer zwaaien, terwijl een meanderende rivier, hoewel slingerend van de ene naar de andere kant, toch steeds verder komt.

EU-recht

Er blijkt in de verschillende sectoren in verschillende mate ruimte voor reguleringskeuzes door de nationale wetgever. Bij vergelijking van de sectoren komt naar voren dat op de regulering van de drinkwatersector relatief van weinig beperkende invloed van het EU-recht sprake is. Op de regulering van het stads- en streekvervoer bestaat veel invloed, maar daarop zijn ruime uitzonderingen mogelijk. Op de elektriciteitssector bestaat veel invloed – de concurrentiemodaliteit ligt al vast – maar toch is er ruimte voor eigen afwegingen door de nationale wetgever. De kabelsector staat volledig onder invloed van het EU-recht, waarbij de Europese Commissie zelfs een belangrijk deel van de regulering voor zijn rekening neemt.

Publieke belangen

Bij de regulering van de betrokken sectoren valt op dat publieke belangen niet altijd als zodanig worden geëxpliciteerd. In ieder geval worden deze belangen niet in wetgeving opgenomen, maar ook in de parlementaire geschiedenis worden de doelen van de wetgeving niet altijd systematisch geduid. Daarnaast worden vaak veel verschillende doelen van wetgeving beschreven die met elkaar strijdig (kunnen) zijn. Daarbij wordt niet altijd – in ieder geval niet expliciet – aangegeven in hoeverre deze doelen met elkaar strijdig zijn en als daarvan sprake is, welk doel zou moeten prevaleren en in hoeverre.

In de drinkwatersector worden de publieke belangen geëxpliciteerd en wordt bovendien een prioriteitenstelling aangebracht: leveringszekerheid en kwaliteit staan bovenaan en de efficiëntie en betaalbaarheid van de voorziening mogen niet ten koste gaan van deze superieure publieke belangen.

In de elektriciteitssector worden de publieke belangen eveneens geëxpliciteerd. Tussen deze onmiskenbaar tegenstrijdige publieke belangen – hoe groter de leveringszekerheid, hoe hoger de prijs – wordt geen prioriteitenstelling aangebracht. Deze afweging wordt – kennelijk – overgelaten aan de Energiekamer en de werking van de markt. Voor het netbeheer wordt deze afweging volledig overgelaten aan de Energiekamer en voor de leveringsmarkt voornamelijk aan de markt met eventueel corrigerend ingrijpen van de Energiekamer.

Voor het stads- en streekvervoer zijn de publieke belangen niet expliciet vastgesteld. Ook is geen onderlinge prioritering aangegeven. Deze afweging wordt van de vervoersautoriteit verwacht.

In de kabelsector worden publieke belangen niet expliciet genoemd. Ook hier wordt geen prioriteitenafweging gemaakt. Deze afweging wordt voor het beheer van de kabelnetten (derdentoegang) voor een belangrijk deel gemaakt door OPTA en de Europese Commissie en op de leveringsmarkt volledig door de werking van de markt.

Bepaalde publieke belangen betekenen niet in elke sector precies hetzelfde. Zo is leveringszekerheid een te borgen belang in de drinkwater- en elektriciteitssector, maar wordt deze bewoording niet gebruikt voor de te bereiken doelen in het stads- en streekvervoer en de kabelsector. Ondanks andere bewoordingen, kan worden geconcludeerd dat leveringszekerheid, te weten het ononderbroken genot van de levering van de betrokken dienst, in alle vier sectoren van belang is.

Concurrentie

Er kan in beginsel uit een aantal concurrentiemodaliteiten worden gekozen, te weten concurrentie tussen marktsegmenten, concurrentie op de markt, concurrentie om de markt en een prestatievergelijking (al dan niet met afrekenmechanisme). De keuze voor een bepaalde modaliteit hangt van verschillende factoren af.

Het EU-recht kan doorslaggevende invloed uitoefenen op de keuzes van de nationale wetgever voor de concurrentiemodaliteit.⁷³ In de drinkwatersector is de wetgever vrij om een concurrentiemodaliteit te kiezen. In de elektriciteitssector is concurrentie op de markt gegeven op grond van het EU-recht. Voor het stads- en streekvervoer geldt momenteel nog geen expliciete aanbestedingsplicht, maar slechts een transparantieplicht. De aanbestedingsplicht zal echter wel in de toekomst gelden, hetgeen betekent dat concurrentie om de markt wordt voorgeschreven. Ook in de kabelsector wordt de concurrentiemodaliteit bepaald door het EU-recht. Daarin is in principe concurrentie tussen marktsegmenten voorgeschreven en bij gebrek aan concurrentie kan voor concurrentie op de markt worden gekozen.

Partijen

In de sectorhoofdstukken zijn de partijen steeds ingedeeld in drie clusters: overheid, ondernemingen en consumenten. In elke sector is de verantwoordelijkheid op een andere manier tussen samenleving en overheid verdeeld. De vraag die rijst ten aanzien van de rol van de overheid is: waar roeit de overheid nog, waar stuurt zij en waar stuurt zij hooguit een beetje bij? Het antwoord op deze vraag loopt uiteen in de vier onderzochte sectoren.

In de drinkwatersector houdt de overheid door strenge wetgeving, toezicht en publiek aandeelhouderschap op verschillende fronten grip op de publieke monopolistische ondernemingen. De overheid roeit en stuurt helemaal zelf in deze sector. In de drinkwatersector heeft de consument geen keuzemogelijkheden.

In de elektriciteitssector bestaat ook veel overheidsinvloed, hoewel dit gematigder is dan in de drinkwatersector. Hier is derhalve sprake van een combinatie van roeien en sturen. Voor het netbeheer gaat het om roeien en op de leveringsmarkt wordt stevig gestuurd. In het stads- en streekvervoer heeft de overheid doorslaggevende invloed. In de elektriciteitssector heeft de consument geen keuze voor zover het gaat om netbeheer, maar wel op de leveringsmarkt.

In het stads- en streekvervoer stuurt de overheid volledig, maar laat zij het roeien voor een deel aan private vervoerders over. Voor een deel roeit zij zelf voorzover het gaat om gemeentelijke vervoerbedrijven. De consument heeft in het stads- en streekvervoer geen keuzemogelijkheden.

Doordat concurrentie onvoldoende tot stand is gekomen in de kabelmarkt, is de invloed van de overheid juist weer toegenomen. De overheid stuurt stevig, maar laat het roeien over aan private kabelbedrijven. De consument heeft op de kabelmarkt keuzemogelijkheid tussen verschillende aanbieders.

Instrumenten

In deze studie is een driedeling aangebracht in functies van instrumenten, te weten: een ontwerp-, een controle- en een correctiefunctie. Als de wetgever kiest voor een bepaalde regulering na liberalisering van een sector, maakt hij daartoe een basaal marktontwerp. Voorzover sprake is van een markt vinden daar afwegingen tussen verschillende publieke belangen

⁷³ Zie bijvoorbeeld paragraaf 6.3.

plaats. Instrumenten met een controlefunctie zijn in feite aan te merken als mogelijkheden die de overheid in staat stellen om na te gaan of de gestelde normen worden nageleefd en of het afwegen van publieke belangen – het samenspel van instrumenten met een ontwerpfunctie – tot een aanvaardbaar resultaat heeft geleid. In de praktijk kan dit plaatsvinden door de uitoefening van toezicht in enge zin of het kennisnemen van informatie. Instrumenten met een correctiefunctie zorgen ervoor dat ingrijpen mogelijk is als blijkt dat publieke belangen niet worden geborgd. Dit betreft handhaving van de niet-naleving van de gestelde normen of een andere vorm van ingrijpen waarvoor geen norm hoeft te zijn overtreden. Hierna worden achtereenvolgens de drie functies van instrumenten besproken in relatie tot de vier onderzochte sectoren.

Instrumenten met een ontwerpfunctie

In de drinkwatersector is geen sprake van concurrentie. Men kan zich afvragen of wel sprake is van een markt. In belangrijke mate zijn al door de nationale wetgever afwegingen gemaakt met betrekking tot de publieke belangen zoals het kwaliteitsniveau en de toelaatbare tarieven. Wanneer als gevolg van de prestatievergelijking hieraan iets moet veranderen, moet de wetgever of de betrokken minister dit doen (met behulp van corrigerende instrumenten). Het afwegen van publieke belangen vindt dus plaats door de nationale wetgever en de minister en daarmee worden publieke belangen onder volledige politieke verantwoordelijkheid geïdentificeerd.

In de elektriciteitssector is in het netbeheer geen sprake van concurrentie. Door de nationale wetgever en door de Energiekamer worden normen gesteld inzake tarieven en efficiëntie. Op grond van de wet doen de netbeheerders voorstellen voor hun eigen tarieven, maar dit betekent in juridische zin geen doorslaggevende invloed. Op de leveringsmarkt concurreren leveranciers om de gunst van de consument. De ervaringen in de elektriciteitssector leren dat de bereidheid om over te stappen bij consumenten gering is. Om zijn keuzevrijheid op een goede manier te benutten heeft de consument betrouwbare informatie nodig waarop hij zich kan baseren. Zonder deze informatie werkt het marktmechanisme niet als afrekenmechanisme.

In het stads- en streekvervoer worden de publieke belangen tegen elkaar afgewogen door de vervoersautoriteit door het verlenen van de concessie aan de vervoerder die dit het beste kan uitoefenen, bijvoorbeeld voor de beste prijs. Bij het bepalen van de inhoud van de concessie en de verlening ervan worden de publieke belangen tegen elkaar afgewogen.

In de kabelsector is sprake van concurrentie. Ook hier geldt derhalve dat betrouwbare informatie zeer belangrijk is voor de consument om zijn keuze op te baseren.

Instrumenten met een controlefunctie

Als publieke belangen met behulp van instrumenten met een ontwerpfunctie onvoldoende worden gerealiseerd, moet dit aan het licht komen. Hiervoor zijn instrumenten met een controlefunctie van groot belang. Om te kunnen controleren of (i) de tot het marktontwerp behorende normen worden nageleefd en (ii) de werking van de instrumenten met een ontwerpfunctie tot onaanvaardbare resultaten leidt, zijn instrumenten nodig.

In de drinkwatersector kan de naleving van de normen en de uitkomst van het marktontwerp worden geconstateerd met behulp van de prestatievergelijking, verschillende vormen van verslaglegging en toezicht in enge zin door daartoe aangewezen ambtenaren.

In de elektriciteitssector geldt ook dat in het marktontwerp voor het netbeheer de overheid zeer veel invloed heeft. Op de leveringsmarkt is sprake van concurrentie. De controle van

de uitkomst van de werking van het marktontwerp en de naleving van de vastgestelde normen krijgt vorm door toezichtbevoegdheden, verslagplichten en informatieplichten.

De vervoersautoriteit heeft in het stads- en streekvervoer behoefte aan informatie om te bepalen of de aan de concessie verbonden voorschriften worden nageleefd. Hiertoe moeten op grond van de Wp2000 voorschriften aan de concessie verbonden worden inzake financiële verantwoording en informatieverplichtingen.

In de kabelsector kunnen zowel de minister van Economische Zaken als OPTA van een ieder en te allen tijde inlichtingen vorderen¹ die zij nodig hebben voor de uitvoering van hun taken op grond van de Telecommunicatiewet.

Instrumenten met een correctiefunctie

Als op basis van de controle blijkt dat (i) de vastgestelde publieke belangenafweging niet wordt nageleefd of (ii) de instrumenten met een ontwerpfunctie niet tot de gewenste resultaten leiden, zijn instrumenten nodig om vervolgens in te grijpen om dit resultaat te corrigeren. Als sprake is van het niet naleven van normen, moeten deze worden gehandhaafd. Als de instrumenten met een ontwerpfunctie niet goed functioneren, bestaat behoefte aan andere instrumenten om in te grijpen.

In de drinkwatersector kunnen de normen uit en gebaseerd op de Drinkwaterwet bestuursrechtelijk worden gehandhaafd en een aantal strafrechtelijk. Daarnaast kan er ook in één geval worden ingegrepen buiten de niet-naleving van normen om. De minister van VROM kan namelijk regels vaststellen en ingrijpen als de volksgezondheid in gevaar is. Als de totstandgekomen publieke belangenafweging niet deugt op een ander vlak – omdat de tarieven bijvoorbeeld te hoog uit blijken te vallen volgens het parlement – moet deze afweging door de nationale wetgever of de Kroon of de minister worden gewijzigd in de Drinkwaterwet of daarop gebaseerde wetgeving.

In de elektriciteitssector zijn voor het netbeheer de handhavingsbevoegdheden op grond van de Elektriciteitswet de belangrijkste corrigerende instrumenten. Het kan gaan om een bestuurlijke boete, een last onder bestuursdwang, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing. Er kan zelfs een zogenaamde stille curator worden aangesteld die de leiding overneemt van een netbeheerder. In al deze gevallen gaat het om de niet-naleving van de op de Elektriciteitswet gebaseerde normen. Buiten de niet-naleving van normen kan niet door de minister van EZ worden ingegrepen bij ongewenste situaties.

Ook op de leveringsmarkt in de elektriciteitssector zijn handhavingsbevoegdheden de belangrijkste corrigerende instrumenten. Het gaat dan om handhaving van de voorschriften die zijn verbonden aan leveringsvergunning voor kleinverbruikers. Als een energieleverancier failliet gaat, treedt de regeling inzake de noodleverancier in werking.

Als de vervoersautoriteit constateert dat voorschriften verbonden aan de concessie niet worden nageleefd, kunnen deze normen bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Indien achteraf blijkt dat ondanks de correcte naleving van een ongewenste uitkomst sprake is, kan de vervoersautoriteit niet eenvoudig eenzijdig ingrijpen. Het tweezijdig karakter van de concessie staat hieraan in de weg. De enige manier is om in overleg te treden met de vervoerder. De minister van Verkeer en Waterstaat staat op afstand en zal in dit geval niet kunnen ingrijpen.

Zowel de normen waaraan kabelbedrijven zijn gehouden als de vordering tot inlichtingen kan bestuursrechtelijk worden gehandhaafd door middel van een bestuurlijke boete, een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Naast bestuursrechtelijke handhaving kan de minister van Economische Zaken in bijzondere omstandigheden bovendien een

aanwijzing geven met betrekking tot de instandhouding en exploitatie van de kabelnetwerken en het verzorgen en gebruiken van hun diensten die moet worden opgevolgd op straffe van bestuursrechtelijke handhaving.

Conclusie

Al met al wordt in deze sectoren door de wetgever in belangrijke mate vertrouwd op concurrentie om publieke belangen te bereiken. Uiteraard is er flankerend beleid, maar waar sprake is van concurrentie wordt niettemin verwacht dat de onzichtbare hand van de markt leidt tot een of misschien wel de meest aanvaardbare uitkomst van de afweging tussen publieke belangen. De praktijk weerbarstiger is echter weerbarstiger gebleken dan deze theorie. Daarom is het van belang dat de betrokken minister kan ingrijpen als de afweging van publieke belangen tot onaanvaardbare gevolgen blijkt te leiden. Uit deze analyse komt naar voren dat de minister in een aantal cruciale gevallen met lege handen staat. Zo kan de minister van Verkeer en Waterstaat niet ingrijpen als problemen ontstaan in de uitvoering van het stads- en streekvervoer, waarbij bijzonder in het oog springt dat de nationale politiek geen invloed meer zal kunnen uitoefenen op de gehanteerde tarieven. De minister van EZ zal niet rechtstreeks kunnen ingrijpen als een elektriciteitsleverancier onredelijke tarieven hanteert en als dit gebeurt in de kabelsector, heeft de minister ook geen bevoegdheden om in te grijpen. Dit heeft tot gevolg dat het parlement in deze gevallen waarvan in confesso is dat het diensten zijn die een groot maatschappelijk nut hebben, de minister ter verantwoording moet roepen omdat hij niet over bevoegdheden beschikt om in te grijpen.

9.6 PUBLIC VALUES AND UTILITY SECTORS. TOWARDS A LEGAL ASSESSMENT FRAMEWORK

9.6.1 Introduction

In utility sectors, public values such as affordability, quality, universal service and continuity of service require safeguarding. During the last two decades most utilities have been either liberalized, privatized or both. This change has challenged governments to start regulating utility sectors in a different way. This study aims to contribute to this shift from traditional regulation towards a new approach. The assessment framework that I have developed is limited to certain instruments. Nevertheless, its open character makes it possible for other instruments to be added. Furthermore, the systematic approach of this framework could be applied to other sectors of great public interest as well.

In this thesis I have examined aspects associated with liberalization and privatization of utilities in general (chapters 1-4) as well as in four specific utility sectors (chapters 5-8). The assessment framework is designed to enable the legislator and scholars to take a systematic approach with regard to decisions concerning liberalization and privatization of utility sectors. In this brief introduction the research thesis and research plan are described (9.6.2), after which the assessment framework will be presented (9.6.3). This summary will be concluded with a short review of the comparison between the four sectors, applying the assessment framework (9.6.4).

9.6.2 Research thesis and plan

The central question this thesis ultimately seeks to answer is which conditions and restraints are important with regard to the regulation of markets in utility sectors in order to safeguard public values from the perspective of the national legislator, within the limits posed by EU-law? In answering this question, this research aims to create an assessment framework with which the national legislator could develop regulation in a more systematic way.

This question is divided into sub-questions which are discussed in general chapters 1 to 4. Chapter two explains which prerogative remains with the national legislator given the limits imposed by EU law. Chapter 3 then goes into the specific aspects that need to be taken into account when safeguarding public values in regulated utility markets. The question addressed in chapter 4 is what can be expected from a number of specific instruments dealing with regulated markets in utility sectors.

These findings are then applied to four specific utility sectors: drinking water (chapter 5), electricity (chapter 6), local transport (chapter 7) and cable (chapter 8). In these chapters the same question is addressed: "to what extent is the national government (Minister and Parliament) equipped to intervene in these sectors to safeguard public values whilst taking into account the limits set by EU law, the competition model, the available instruments and the accountability born by either government or market?"

In the conclusion the findings of the general chapters are recapitulated (9.2) and a comparison of the findings in the four utility sectors is made (9.3). After this the assessment framework, which has been applied to the four utility sectors and which is based on the findings in the general chapters, is presented (9.4). This summary is mainly based on chapter 9 as it addresses the findings of all previous chapters.

9.6.3 The assessment framework

The assessment framework put forward in this thesis enables the national Dutch government to impose a well-balanced set of instruments in order to regulate markets in utility sectors. The framework consists of different components. The first four components tackle the question of how to handle EU law, how to deal with public values, how to choose between different types of competition and which parties to involve when regulating markets in utility sectors. The fifth component addresses which instruments can be used in order to safeguard public values in each different type of competition.

(1) EU law

EU law imposes limits on the prerogative of member states to regulate utility sectors, and sets the legal framework within which member states can operate. It is necessary to define these limits in order to ensure both that the Dutch government does not impinge on any boundaries imposed by Union law as well as that the freedom that does remain is used fully and efficiently. For these reasons the first step in the assessment framework covers EU law.

Union law deals with the tension between competition and public values in one of three different scenarios. In the first, member states are still fully sovereign, which means they are free to make any choice with regard to regulation. In the second, primary EU law is applicable, though exceptions might still be possible. In the third, EU-law imposes specific secondary law in a particular sector. In the assessment framework these three scenarios are dealt with.

The first question is therefore if any specific piece of EU legislation is applicable. If this is the case, obligations of member states following this specific law should be investigated. The question then remains how much room the Dutch legislator has left with regard to identifying public values, the choice for a type of competition and the regulating instruments it still possesses.

If the sector has not yet been harmonised or if the harmonisation is not exhaustive, it should be ascertained whether and to what extent the services rendered or goods delivered qualify as services of general non-economic interest (SGNEI) or services of general economic interest (SGEI). Primary EU law does not apply to a SGNEI. It follows that member states have a prerogative regarding the regulation of SGNEI's. It should be noted that the applicability of EU law is partly dependent on the way a specific sector is organized. If the organization is based on the principle of solidarity, fulfils only a social function and there is no aim for profit, the Court can conclude that the goods and services qualify as non-economic and therefore as SGNEI's. This conclusion has not been reached so far in utility sectors but cannot be categorically ruled out.

If the goods and services do qualify as a SGEI – which is often the case in utility sectors – EU law is applicable, though certain exceptions could be justified. A legitimate exception to EU competition law needs to meet four criteria. Firstly, there must be an act of entrustment, whereby the State confers responsibility to an undertaking for the execution of a certain task. Secondly, the entrustment must relate to a service of general economic interest. Thirdly, the exception has to be necessary for the performance of the tasks assigned and proportional to that end (hereinafter; “the necessity requirement”). Finally, the development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Union.

A legitimate exemption from the application of internal market legislation, i.e. the rules regarding the four freedoms, also needs to meet certain criteria. There should be a mandatory requirement relating to the public interest. Moreover, the measure has to be proportion-

ate. The Court has adapted a strict proportionality-test with regard to this exception. which means there should be no other, less intrusive, way to attain the same goal.

If the goods and services qualify as 'normal' goods and services (no general interest) EU law is fully applicable.

(2) Public values

The next step is to identify the public values that the regulation should address. In this thesis, public values are defined as all the goals government wants to reach in a sector regardless of whether it will be attained by government or by market players. The most prominent public values that have been identified by the EU and national governments are: continuity of service, user- and consumer-protection, universal service (including affordability), quality of service, protection of the environment and public health.

First it should be determined which public values stem from EU law. It is of great importance that the national legislator subsequently identifies – as far as possible – these public values in a specific sector. It is not always possible to define public values completely. As chapter 3 demonstrates, public values turn out to be ambiguous and change over time. Apart from that, they can be conflicting and therefore might require a trade-off. Because of their changing nature, public values cannot and should not always be defined in legislation. Furthermore, public values sometimes cannot be defined, since their safeguarding sometimes is the result of the process of competition. Nevertheless it is important that the legislator identifies and ranks the public values as much as possible. If this is not possible it should be noted who will eventually identify and weigh the public values.

(3) Competition model

The third component of the assessment framework consists of the choice for the right competition model. This choice is dictated by the economic characteristics of a specific sector. There are roughly five models to choose from: competition between markets, competition on the market, competition for the market, yardstick competition (including benchmarking with intervening measures) and no competition (including benchmarking without intervening measures). The central economic characteristic that justifies regulation in utility sectors is a natural monopoly. Utilities are often transported through an infrastructure with sunk costs. It follows that duplication of the infrastructure is not profitable. Moreover, a utility is of general interest and often hard to substitute.

In a natural monopoly, competition between markets is not realistic. However, this is by no means a fixed conclusion. As can be seen in the telecommunications sector, a natural monopoly can become less strong or even fade away due to technological innovations.

The other mentioned models of competition are realistic options in case of a natural monopoly. Competition on the market demands a division of the infrastructure so that suppliers can compete whilst the transporter stays monopolistic. If the characteristics of the sector allow this, competition on the market can therefore be a realistic option. Competition for the market demands the possibility and the profitability to hand over the operation of services periodically. The final option is not to introduce competition. Benchmarking encompasses a periodical comparison of different aspects of performance such as price, quality etc. If useful, intervening measures could follow.

If there is no (longer) a natural monopoly in a utility sector, competition between markets is preferable. From an economic perspective, this model provides a productive situa-

tion for competition, which makes governmental intervention on this point unnecessary. Other characteristics can of course still make other interventions necessary.

(4) Actors

The next step is to decide which actor in a given type of competition in a utility sector identifies and balances public values. The first question is whether the public values should be identified by the government and if so whether it should be done under political responsibility. If the safeguarding of public values is left to private actors, it should be assessed whether they are equipped to this end.

(5) Instruments

For each type of competition, the assessment framework contains an evaluation of a number of instruments. The framework specifies which conditions and restraints should be taken into account when deciding the instruments to use for each type of competition. I have distinguished three functions an instrument can have; the design function, the control function and the correction function. When a certain type of competition is chosen, the market should be organized using instruments that ensure all these functions are covered. The first step is to assess which instruments can enable competition in a given situation, and in which way public values could best be identified and balanced. This assessment concerns the choice of instruments with a design function. After designing the market, the way in which design instruments can best be supervised should be determined, culminating in a choice for instruments with a control function. Finally, it should be determined which instruments are necessary if it appears that public values are not met by the design and control instruments.

Competition between markets

Where there is competition between markets, identifying and balancing public values should chiefly be done by the market actors through competition. As a consequence, only few instruments should allow intervention through the political arena, as any intervention would probably disturb the process of competition. In this situation, political actors should therefore exercise restraint towards the market process.

The instrument of commanding law has a design function and has an important part to play in this type of competition (compared with other instruments). With far-reaching competition there is little need for specific and concrete public intervention. Therefore only the preconditions and rules of play should be established. These conditions and rules can be laid down in law, allowing national and regional legislators to set the parameters within which competition can take place. In this way, safeguarding public values by private actors can be facilitated and restrained. Only preconditions and rules of play should be laid down, since there is little room in this type of competition for far-reaching public intervention with regard to, for example, price and quality.

Since only preconditions and rules of play are to be laid down, it is not problematic that these are hierarchical and relatively inflexible. It is important that rules, whenever possible, are laid down at a level that enables that they can be changed more easily. This could be at the level of a regulator, whose lack of political accountability could be compensated by equipping the minister concerned with a right to reverse any interventions made.

Apart from this, the availability and publication of information is of great importance, and can also be considered an instrument with a design function in this type of competition. Consumers need to be enabled to make a rational choice in order to ensure that adequate and

effective competition will materialize. For this to happen, sufficient information has to be available to them. It should be well noted that consumers often lack rational behaviour. It follows that in utility sectors a certain degree of supervision on the adequacy and effectiveness of competition will remain necessary.

Regulating the prices in advance is in principle not necessary provided that adequate and effective competition arises. Ex ante price intervention can be very disruptive of market forces and should therefore only be used if no other option to address the situation is available. An intervention later on, on the grounds of general competition law, is another if the prices turned out to have been unreasonably high. Furthermore, commanding legislation could stipulate that reasonable prices should be applied if a market is transitioning towards more effective competition.

Another instrument that could be used to intervene in order to fulfil a design function is a license. This instrument does have the drawback that it is very far-reaching. Moreover, licenses are more suited to situations in which an extensive weighing of interests is needed. If all licensees should meet the same conditions, a duty to report and commanding legislation could be adequate measures instead.

With this type of competition, public ownership (of shares) is not suitable considering the far-reaching competition that is envisaged. Only where it concerns very vital infrastructure for which public control is imperative, this could be considered an option. Where this is the case, it should be well noted that another type of competition might be more suitable, considering the obvious nature and weight of the public values involved.

Furthermore, it should be considered which other instruments are necessary, more in particular instruments of an administrative nature with which existing rules can be enforced. It depends on the situation if a periodic penalty payment ("last onder dwangsom"), a coercive measure ("last onder bestuursdwang") or a binding instruction ("bindende aanwijzing") is appropriate.

Competition on the market

When addressing the issues of competition on the market one must distinguish the market of supply and the market of transport. In the market of supply, direct competition exists, while the market of transport is monopolistic in nature; the infrastructure remains in control of a natural monopolist who is obliged to allow access to suppliers.

As the issues concerning the market of supply greatly resemble the issues addressed in the above on competition between markets, whilst in the market of transport there is no competition, only the market of transport will be discussed hereinafter.

Because of the absence of competition, obligations of the monopolist(s) should be laid down in some detail in commanding legislation. The most important of these obligations is the ensurance of access to the infrastructure and the applicable conditions.

As a consequence, prices for access should be laid down in advance under political control. This applies both to prices that suppliers pay for access and to prices that consumers pay for transport.

The availability and publication of information is chiefly for reasons of control. The monopolist should be obligated to provide information to the government in order to check whether the applicable rules are observed.

Whether public ownership should be stipulated depends on the necessity to be able to keep public control of the infrastructure. It follows from this study that complete unbundling of ownership is not compatible with the rules on free movement of capital.

Competition for the market

Competition for the market needs an instrument with which the monopoly can periodically be transferred and with which the monopolist can be restrained. This is necessary to prevent market failure. The franchise ('*concessie*') is a suitable instrument to organize this type of competition. Identifying and balancing public values can be done by the national legislator as well as by the franchiser.

Since the franchisee is a monopolist, it is important to lay down quite detailed rules concerning price, quality etc. Prices should be set in advance as well. It is necessary to estimate how much freedom franchisers should have in laying down these prices.

The availability and publication of information fulfils a control function in competition for the market. The franchiser needs to be able to control the observance of the franchisee and to see whether other problems arise. A drawback from the public intervention perspective is that it is hard to change the content of the franchise since mutual consent is required.

There is no good reason for public ownership when dealing with competition for the market. The instrument of franchise brings far-reaching public influence. In general the monopolies do not enclose the ownership of infrastructure.

Benchmark with and without intervention measures (yard stick competition)

If direct competition is not suitable, benchmarking can offer an alternative. It is used when permanent monopolies are in place and the introduction is not wanted or productive. In this type of competition, identifying and weighing public values is mostly done by the government. The existence of these monopolies necessitate laying down rules and performance indicators in legislation into some detail. When there are intervention measures linked to the benchmark, more details can be omitted from the applicable legislation since underachieving monopolists will be disciplined by these measures.

The core of the benchmark is the availability and publication of information. The benchmark itself is an instrument with a design function. This instrument should impose that the monopolists provide the benchmarker with relevant and adequate information. Additionally, the government should be enabled to check whether the rules that are laid down are complied with.

In the case of benchmarking with no intervention measures, prices should be regulated in advance because of the permanent monopoly. When intervention measures will follow, the prices need not be set in advance but they should be closely scrutinized. Public ownership can be designated because of the existence of permanent monopolies. This can be important especially for keeping vital infrastructures public.

9.6.4 Application to the utility sectors

When applying the assessment framework to the different utility sectors it is clear that some issues in these sectors need to be addressed. In general the choices of the Dutch legislator with regard to the drinking water sector are found to be quite positive. The *Drinkwaterwet* stipulates that the companies can only be owned by public parties and not be sold to others. This constitutes a restriction of the freedom of capital which cannot be justified under EU law.

In the electricity sector the legislator has not ranked public values. EU law dictates the choice of the type of competition: competition on the market. The Dutch legislator has over-stretched its competence to regulate the sector under EU law by demanding the complete unbundling of ownership. This is incompatible with the freedom of capital under EU law.

Analysis of the actors in the sector demonstrated that a lot is expected from the competition between suppliers. In practice, few consumers are eager to change supplier. To address this aversion to change supplier, suppliers should be obliged to present information in a similar and more structured manner. This would enable consumers to make a good comparison between suppliers.

In the near future, EU law will dictate the introduction of competition for the market in the local transport sector. The public values in this sector have unfortunately not been made explicit, which makes it hard to assess to what extent they are met. A lot is expected in this sector from the local authorities that will act as franchiser and function under political democratic control. The price of local transport is laid down by these authorities and is no longer subject to parliamentary control. A recommendation that has been made is creating a distribution mechanism of *concessies* that, unlike with public procurement law, has room for deliberation.

In the cable sector the national legislator has very limited room to make choices regarding the regulation. As EU law is in this research a given and not object of discussion no recommendations for this sector are made.

REGISTERS

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR & RAPPORTEN

Adriaanse 2006

P. Adriaanse, *Handhaving van EU-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006.

Afwegingskader Zicht op toezicht 1998

Afwegingskader Zicht op toezicht 1998 (Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73).

Van Angeren 1996

J.A.M. van Angeren, 'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?', *RM Themis* 1996-10, p. 367-375.

Appelman e.a. 2004

F.A. Appelman e.a., *Evaluatie aanbesteding OV-concessies*, Utrecht: Berenschot 2004.

Arnon & Sluijs 2008

K.E. Arnon en J.J.M. Sluijs, 'Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking', *NTER* 2008-7/8, p. 206-213.

Asser/Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Baarsma, Pomp & Theeuwes 2006

B. Baarsma, M. Pomp & J. Theeuwes, *Dynamische marktwerking. Over de complexiteit van mededinging in vijf sectoren*, Den Haag: Sdu 2006.

Baarsma & De Nooij 2006a

B. Baarsma & M. de Nooij, *Calculus van het publiek belang op de elektriciteitsmarkt*, SEO-rapport nr. 885, Amsterdam: SEO 2006.

Baarsma & De Nooij 2006b

B. Baarsma & M. de Nooij, *De welvaartseffecten van het splitsingsvoorstel – een overkoepelend beeld*, SEO-rapport nr. 913, Amsterdam: SEO 2006.

Baarsma 2010

B. Baarsma, *Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging. Een welvaartseconomisch perspectief* (oratie Amsterdam UvA), 2010 (n.n.g).

Bakker e.a. 2009

P. Bakker e.a., *Het belang van openbaar vervoer. De maatschappelijke effecten op een rij*, Den Haag: CPB en KiM 2009.

Baldwin & Cave 1998

R. Baldwin & M. Cave, *Understanding regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford: OUP 1998.

Baldwin, Scott & Hood 1998

R. Baldwin, C. Scott & C. Hood (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford: OUP 1998.

Baquero Cruz 2002

J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: the Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford: Hart 2002.

Baquero Cruz 2005

J. Baquero Cruz, 'Beyond competition: Services of general interest and European community law', in: G. De Búrca (ed), *EU Law and the Welfare State*, Oxford: OUP 2005, p. 169-212.

Barnard 2007

C. Barnard, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford: OUP 2007.

Barnard 2008

C. Barnard, 'Unravelling the services Directive', *Common Market Law Review* 2008-2, p. 323-394.

Bartel e.a. 2005

J.C.K.W. Bartel e.a., Verslag van de op 10 juni 2005 te Den Haag gehouden algemene vergadering over Toezicht, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, p. 89-90.

Bauer 2003

J.M. Bauer, 'The Role of Regulation in an Era of Partial Competition', in: E.F.M. Wubben and W. Hulsink (eds), *On Creating Competition and Strategic Restructuring: Regulatory Reform in Public Utilities*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2003, p. 35-66.

Becker 2007

P. Becker, *Privatizing Public Enterprises in the European Union – The Impact of European Integration on European Water Markets*, Stiftung Wissenschaft und Politik. Research Unit EU Integration 2007,
< http://www.swpberlin.org/common/get_document.php?asset_id=4888>.

Beers 1980

A.A.L. Beers, 'De Wet openbaarheid van bestuur en de ontvankelijkheid van AROB-beroep', *NJB* 1980, p. 199.

Belhadj, Evans & Van der Gronden 2007

E. Belhadj, S.J.H. Evans & J.W. van der Gronden, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007-4, p. 141-153.

Van Berkum 1970

P.P. van Berkum, 'Plaats en inhoud van het begrip algemeen belang in de theorie der economische politiek', in: F.A.M. Alting von Geusau e.a., *Rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan prof.dr. J.M. Pieters, ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg*, Kluwer: Deventer 1970, p. 21-34.

Boot 2007

A.W.A. Boot, 'Overheid als aandeelhouder: een economisch perspectief', in: D. Blokland e.a., *Publieke belangen en aandeelhouderschap: essays over de borging van publieke belangen door publiek aandeelhouderschap*, Den Haag: Ministerie van EZ 2007, p. 48-70.

Bovenberg & Teulings 2000

A.L. Bovenberg & C.L. Teulings, 'De economie van privatisering', *ESB* 2000-85 (4251), p. 304-308.

Bovend'Eert 2002

P.P.T. Bovend'Eert, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Bovend'Eert 2004a

P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Kluwer 2004.

Bovend'Eert 2004b

P.P.T. Bovend'Eert, 'Minder controle en meer en beter wetgeven', *NJB* 2004, p. 824-831.

Bovens & Scheltema 1999

M.A.P. Bovens & M. Scheltema, 'Rechtsstatelijke redeneerpatronen', in: W. Derksen, M. Ekelenkamp & F.J.P.M. Hoefnagel (red.), *Over publieke en private verantwoordelijkheden*, WRR Voorstudies en achtergronden V 105, Den Haag: Sdu 1999.

Bovens, 't Hart & Van Twist 2007

M. A. P. Bovens, P. 't Hart & M. J. W. van Twist, *Openbaar bestuur*, Kluwer: Deventer 2007.

Broeksteeg 2004

J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Brouwer & Van Kesteren 2008

P. Brouwer & G. van Kesteren, *Berigt aan de heeren reizigers. 400 jaar openbaar vervoer in Nederland*, Den Haag: Sdu 2008.

De Bruijn & Dicke 2003

H. de Bruijn & W. Dicke, 'De borging van publieke belangen in nutssectoren', *Bestuurswetenschappen*, 2003-6, p. 474-493.

De Bruijn & Dicke 2006

H. de Bruijn & W. Dicke, 'Strategies for safeguarding public values in liberalized utility sectors', *Public Administration* 2006-3, p. 717-735.

Buendía Sierra 1999

J.L. Buendía Sierra, *Exclusive rights and state monopolies under EC law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford: OUP 1999.

Buendía Sierra 2006

J.L. Buendía Sierra, 'An analysis of Article 86(2) EC', in: M. Sanchez Rydelski (ed), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Cambridge: Cameron May 2006, p. 541-574.

Buendía Sierra 2007

J.L. Buendía Sierra, 'Article 86 – exclusive rights and other anti-competitive state measures', in: J. Faull & A. Nikpay (eds), *The EC Law of Competition*, Oxford: OUP 2007, p. 593-655.

Bulk & Blaauwbroek 2010

M. Bulk & A. Blaauwbroek, "Betere borging diensten van publiek belang door de overheid? Publiekrechtelijke kaders bepalen de ruimte voor de markt" *M&M* 2010, 2, p. 81-87.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Buuren e.a. 2009

P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Clifton, Comín & Díaz Fuentes 2006

J. Clifton, F. Comín & D. Díaz Fuentes, 'Privatizing public enterprises in the European Union 1960-2002: ideological, pragmatic, inevitable?', *Journal of European Public Policy* 2006-5, p. 736-756.

Craig & De Búrca 2008

P. Craig and G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2008.

Daalder 2005

E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2005.

Van Damme & Hancher 2000

E.E.C. van Damme & L. Hancher, 'Netwerksectoren in transitie', *ESB* 2000-85 (4261), p. 6-9.

Van Damme 2006

E.E.C. van Damme, 'Waterlevering: met marktwerking meer nut?', *ESB* 2006-91 (4500), p. 35-39.

Van Damme & Mulder 2006

E.E.C. van Damme & K.J. Mulder, 'Transparant en eerlijk geprijsd water', *ESB* 2006-91 (4482), p. 134-136.

Dankers-Hagenaars 2000

D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: BJu 2000.

Davies 2007

G. Davies, 'The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration', *European Law Review* 2007-2, p. 232-245.

Devroe 2000

W. Devroe, 'Universele dienstverlening' als nieuwe manier van denken?', *SEW* 2000-3, p. 82-95.

Dijkgraaf e.a. 1997

Dijkgraaf e.a., *Mogelijkheden tot marktwerking in de Nederlandse watersector*, Rotterdam: Ocfab EUR 1997.

Dommering 2002

E.J. Dommering, 'Institutionele vormgeving van netwerken. Een maatpak voor netwerkmarkten', *I&I* 2002-4, p. 24-33.

Dommering 2003

E.J. Dommering, 'Het Telecommunicatierecht wordt opnieuw overhoop gehaald. Over algemene vraagstukken van regulering en toegang in de telecommunicatiesector', *Computerrecht* 2003-1, p. 5-12.

Doorenbos 2003

D. Doorenbos, 'Schandpaal en onschuldpresumptie', *NJB* 2003, p. 2190-2196.

Doorenbos 2006

D. Doorenbos, *Voor altijd aan de schandpaal dankzij internet* (oratie Nijmegen), 2006 (n.g.).

Drijber 2002

B.J. Drijber, 'Gouden aandelen van hun glans ontdaan', *NTER* 2002-10, p. 237-241.

Drijber 2003

B.J. Drijber, 'Gouden aandelen verder in de min', *NTER* 2003-7/8, p. 182-186.

Duijkersloot 2007

A.P.W. Duijkersloot, *Toezicht op gereguleerde markten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Duijkersloot & Widdershoven 2007

A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *RegelMaat* 2007-5, p. 190-204.

Van Eijk 2008

N. van Eijk, 'Regulering van de kabel', *M&M* 2008-3, p. 71-76.

Eijlander & Voermans 1999

Ph. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Elzinga 1994

D.J. Elzinga, 'De politieke ministeriële verantwoordelijkheid', in D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink: 1994.

Elzinga & De Lange 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Energiekamer 2008

Energiekamer, *Marktmonitor Nederlandse kleinverbruikersmarkt voor elektriciteit en gas (juli 2007- juni 2008)*, <www.energiekamer.nl>.

Energiekamer 2009

Energiekamer, *Monitor kleinverbruikersmarkten gas- en elektriciteit 2009*, <www.energiekamer.nl>.

European Commission 2003

European Commission, *SMEs and the liberalisation of network industries: Telecommunication and electricity markets*, Luxembourg: European Communities 2003.

European Consumers Organisation 2008

European Consumers Organisation, *The EU energy markets after the liberalisation: Consumers still waiting to reap the full benefits* 2008, <www.beuc.org>.

Feintuck 2004

M. Feintuck, *'The Public Interest' in Regulation*, Oxford: OUP 2004.

Fernhout & De Ru 1986

R. Fernhout & H.J. de Ru, 'Kroniek van het economisch recht 1984', *RM Themis* 1986-1, p. 65-104.

FNV Bondgenoten 2007

FNV Bondgenoten, *Marktwerving. Time-out!*, maart 2007, <www.fnv.nl/helpjezelf/lokaal/werk/marktwervingtimeout.asp>.

Gambaro 2007

E. Gambaro, 'The Judicial Phase' in: A. Santa Maria (ed), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Geelhoed 1983

L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat. Aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: Sdu 1983.

Geelhoed 1993

L.A. Geelhoed, 'Deregulering, herregulering en zelfregulering', in: Ph. Eijlander, P.C. Geelhuus & J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering. Alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot actie?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 33-51.

De Graaf e.a. 2007

F. de Graaf e.a., *Vertrouwen in de markt. Naar een liberaal privatiseringsbeleid*, Den Haag. Teldersstichting: 2007.

Griller 2008

S. Griller, 'The New Services Directive of the European Union. Hopes and Expectations from the Angle of a (Further) Completion of the Internal Market', in: H.F. Koeck & M.M. Karollus (eds), *The New Services Directive of the European Union*, Vienna: facultas.wuv 2008, p. 379-423 (2-3).

Van der Grinten 1992

W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Groen 1978

J.A. Groen, *Eén cent per emmer. Het Amsterdamse drinkwater door de eeuwen heen*, Gemeentewaterleidingen: Amsterdam 1978.

Groenendijk e.a. 2005

J.M. Groenendijk e.a., *Evaluatie Wp 2000: eindrapport functionele en doelmatigheidstoets*, Twijnstra Gudde 2005 (*Kamerstukken II 2005/06*, 30 421, nr.1).

Van der Gronden 2007

J.W. van der Gronden, 'Preadvies NVER Deel III: Bestaat er een coherentie visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?', *SEW* 2007-10, p. 399-421.

Groot 1998

J. Groot, 'Gevraagd: richtinggevend arrest over instructiebevoegdheid in het concernrecht', in: H. Boschma e.a., *Verzamelde Groninger opstellen aangeboden aan Vino Timmerman ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG*, Deventer: Kluwer 1998, p. 107-116.

Gulmann 2007

C. Gulmann, 'State Aid and Compensation for Public Services', in: C. Gullmann (ed.), *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles: Bruylant 2007, p. 655-672.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001a

P. de Haan, Th. G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I. Ontwikkeling organisatie, instrumentarium*, Deventer: Kluwer 2001.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001b

P. de Haan, Th. G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II. Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 2001.

Haffner & Van Hulst 1998

R.C.G. Haffner & N. van Hulst, 'De ladder van het concurrentiebeleid', *ESB* 1998-83 (4174), p. 812-816.

Hall & Lobina 2007a

D.Hall & E. Lobina, *Water companies in Europe 2007*, paper PSIRU 2007, <www.psiru.org>.

Hall & Lobina 2007b

D. Hall & E. Lobina, *From private past to a public future? – the problems of water in England and Wales*, paper PSIRU 2007, <www.psiru.org>.

Hancher 1999

L. Hancher, 'Community, State and Market', in: P. Craig and G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: OUP 1999, p. 721-744.

Hancher & Lugard 1999

L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine', *SEW* 1999-9, p. 323-334.

Hancher & Evans 2006

L. Hancher & S.J.H. Evans, 'Altmark als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?', *NTER* 2006-7, p. 153-159.

Hancher, Ottervanger & Slot 2006

L. Hancher, T. Ottervanger & P.J. Slot, *EC State Aids*, London: Sweet & Maxwell 2006.

Herweijer 1994

M. Herweijer, 'Wetten en hun uitvoering', in M. Herweijer e.a., *Uitvoeringsgericht ontwerpen van regelgeving*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 9-41.

Hessel 2005

B. Hessel, 'Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden. Hoe werken de Europese regels in de decentrale praktijk?', in: B. Hessel e.a., *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, preadvies VAR nr. 135, Den Haag: BJu 2005, p. 7-74.

Hessel 2007a

B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn leidt tot hoofdbrekens voor de wetgever', *RegelMaat* 2007-5, p. 205-217.

Hessel 2007b

B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn', *Gst.* 2007-7296, p. 113-125.

Ten Heuvelhof & Stout 2007

E. ten Heuvelhof & H.D. Stout, 'De doorgang in de Straat van Messina: privatiseren met geborgde publieke belangen', in: D. Blokland e.a., *Publieke belangen en aandeelhouderschap: essays over de borging van publieke belangen door publiek aandeelhouderschap*, Den Haag: Ministerie van EZ 2007, p. 77-89.

Hirsch, Montag & Säcker 2008

G. Hirsch, F. Montag & F.J. Säcker, *Competition law: European Community Practice and Procedure*, London: Sweet & Maxwell 2008.

Hirsch Ballin 1990

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De waarde van wetgeving', in: M.S. Groenhuijsen & J.A.F. Peters (red.), *Rechtsontwikkeling door wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 61-67.

Houweling 2006

P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2006.

Huijgen 1995

W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Huizink 2004

J.B. Huizink, 'Enkele opmerkingen over privatisering van overheidsondernemingen', *O&F* 2004-62, p. 17-21.

Huygen 1999

A.E.H. Huygen, *Regulering bij concurrentie. De Nederlandse elektriciteitssector* (diss. Leiden), Leiden: DSWO 1999.

Huygen 2000

A.E.H. Huygen, 'Wat is privatiseren?', *ESB* 2000-85 (4261), p. 10.

Huygen 2004

A.E.H. Huygen, 'Marktwerving: elektriciteit en water', *O&F* 2004-62, p. 9-16.

Integraal afwegingskader beleid en wetgeving 2008

Integraal afwegingskader beleid en wetgeving 2008, (Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 233).

Jones & Sufrin

A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2008.

Jonker 2001

P. Jonker, 'Drinkwater: de uitzondering op de regel?', *Tijdschrift Privatisering* 2001-1, p. 17-20.

Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000 2005

RebelGroupAdvisory, *Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000 2005* (Kamerstukken II 2005/06, 30 421, nr.1).

Kanning, De Bijl & Van Damme 2004

A. Kanning, P. de Bijl & E.E.C. van Damme, *Economische eigendom, advies aan Essent*, TILEC 2004, <www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/reports/eje100304.pdf>.

Kapteyn & Verloren van Themaat 1970

P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 1970.

Keuzenkamp, Theeuwes & de Nooij 2003

H. Keuzenkamp, J. Theeuwes & M. de Nooij, *Aan de schandpaal – de economische betekenis van 'naming and shaming'*, SEO-rapport nr. 717, Amsterdam: SEO 2003.

Knops 2004

H.P.A. Knops, 'Hoeveel contracten gaan er door één draadje?', *O&F* 2004-62, p. 22-28.

Knops, de Vries & Correljé 2004

H.P.A. Knops, L.J. de Vries & A.F. Correljé, *Energiekeuzes belicht*, Den Haag: WI CDA 2004.

Knops e.a. 2006

H.P.A. Knops e.a., 'Public Service Obligations: How to Realise their Potential in the European Energy Industry', in: *Securing energy in insecure times*, Proceedings of the 29th IAEE International Conference, Potsdam: IAEE 2006, p. 1-12.

Knops 2008

H.P.A. Knops, *A Functional Legal Design for Reliable Electricity Supply* (diss. Leiden/Delft), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008.

Koekkoek 2000

A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Konijnenbelt 1995

W. Konijnenbelt, 'De Grondwet en het binnenlands bestuur', *Bestuurswetenschappen* 1995-1, p. 24-56.

Koopmans 1970

T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in H.C.F. Schoordijk (red.), *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

Kortmann 2005

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Kreveld 1990

J.H. van Kreveld, 'De kwaliteit van wetgeving: rechtsstatelijke en bestuurlijke eisen', in: H.A.M. Backx & E.M.H. Hirsch Ballin (red.), *Recht doen door wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 189-202.

Het Lam 1999

M.R. het Lam, 'Waterleidingbedrijven op de markt? Regeringsvoorstelling tot herziening van de Waterleidingwet', *AA* 1999-5, p. 362-370.

Langer 2006

J. Langer, 'Annotatie bij Besluiten NMa nr. 3588/201, par. 47 (*Casema*) en nr. 3528/199 (*UPC*)', *M&M* 2006-2, p. 59-63.

Lavrijssen-Heijmans 2006

S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance* (diss. Tilburg), Den Haag: BJU 2006.

Lavrijssen-Heijmans & Hancher 2007

S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans & L. Hancher, 'Europese regulators in de netwerksectoren: revolutie of evolutie?', *SEW* 2007-11, p. 447-463.

Lenten 2004

A. Lenten e.a., *De klant centraal? Een studie naar de positie van consumenteninspraak in het openbaar vervoer*, Utrecht: OPC 2004.

Littlechild 1983

S. Littlechild, *Regulation of British Telecommunications' Profitability*, London: Department of Industry 1983.

Lobina & Hall 2008

E. Lobina & D. Hall, *The illusions of competition in the water sector – a response to the OF-WAT/Cave consultations on introducing competition in the water sector in England and Wales*, paper PSIRU 2008, <www.psiru.org>.

Louri 2005

V. Louri, 'The *FENIN* Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity', *Legal Issues of Economic Integration* 2005-1, p. 87-97.

Lubberdink 1982

H.B. Lubberdink, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982.

Maeijer 1998

J.M.M. Maeijer, 'Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg', in: J.J.M. Maeijer, F.J.P. van den Ingh & G. van Solinge, *Drie Nijmeegse redes. Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*, Deventer: Kluwer 1998.

Maillo 2007

J. Maillo, 'Article 86 EC. Services of General Interest and EC Competition Law', in: G. Amato & C. Ehlermann (eds), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Portland: Hart 2007, p. 591-625.

Manunza 2006

E.R. Manunza, 'Alle aanbestedingen zijn interstatelijk', in: E.R. Manunza & L.A.J. Senden (red.), *De interstatelijkheid voorbij*, Nijmegen: WLP 2006, p. 71-89.

Van der Meulen 2004

B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten. Aanzet tot een interne rechtsvergelijking', in: B.M. J. van der Meulen & A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, VAR reeks 130, Den Haag: BJu 2004, p. 13-130.

Van der Meulen & Ottow 2004

B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow, *Verslag van de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht gehouden op 16 mei 2004*, VAR reeks 131, Den Haag: BJu 2004, p. 12-18.

Meuwese 2004

A.C.M. Meuwese, 'Brusselse spraakverwarring: 'regelgevende instanties' zonder regelgevende bevoegdheden', *NJB* 2004, p. 1127-1128.

Michiels 2003

F.C.M.A. Michiels, 'Noot bij CBB 21 juli 1998', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003.

Michiels 2007

F.C.M.A. Michiels, "'Naming and shaming" in het markttoezicht', *NTB* 2007-3, p. 85-95.

Mok 1971

M.R. Mok, *Op prijs gesteld* (oratie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Mookherjee 2008

D. Mookherjee, 'The 2007 Nobel Memorial Prize in Mechanism Design Theory', *The Scandinavian Journal of Economics*, 2008, 2, p. 237-260.

Mortelmans 2006

K.J.M. Mortelmans, 'De interne markt, is er nog ruimte voor binnengrenzen?', in: E.R. Manunza & L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: WLP 2006, p. 13-29.

Munneke 2006

S.A.J. Munneke, *Inlichtingenplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Newbery 2000

D.M. Newbery, *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge: MIT 2000.

Nijhof 2000

M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

Nota Publieke belangen en marktordening 2000

Nota Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren (*Kamerstukken II* 1999/00, 27 018, nr. 1).

Van Nouhuys 2007

J.F. van Nouhuys, 'Zes jaar Wet personenvervoer 2000: voldoende stof tot nadenken!', *SEW* 2007-3, p. 100-108.

Van Nouhuys 2007

J.F. van Nouhuys, 'Inbesteding van stadsvervoer onder de Wet personenvervoer 2000: een voorbeeld van inconsequente politiek', *SEW* 2008-2, p. 58-64.

Obinger & Zohlnhöfer 2004

H. Obinger & R. Zohlnhöfer, *Selling off the 'Family Silver': The Politics of privatization in the OECD 1990-2000*, Bremen: 2005,
<<http://econstor.eu/bitstream/10419/28265/1/497814110.PDF>>.

Ogus 1994

A. Ogus, *Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press 1994.

Van Ommeren 1987

F.J. van Ommeren, 'Het rechtskarakter van de concessie', *AA* 1987/5, p. 334-342.

Van Ommeren 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd* (diss. Amsterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Ommeren 2004

F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004.

Van Ommeren (XIV. Overheid en burgerlijk recht)

F.J. van Ommeren, 'XIV. Overheid en burgerlijk recht', in: N.S.J. Koeman (red.), *Praktijkboek Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Ommeren 2008a

F.J. van Ommeren, 'Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen', *RegelMaat* 2008-3, p. 74-87.

Van Ommeren 2008b

F.J. van Ommeren, 'Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht', in: C.W. Noorlander & J.L.W. Broeksteeg (red.), *Het volk regeert*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 213-242.

Ondernemend regionaal openbaar vervoer 2009

Ondernemend regionaal openbaar vervoer, Den Haag: Raad voor Verkeer en Waterstaat 2009.

Van Oosten 2005

J.C. van Oosten, *De publieke taak en het rechtspersoonlijk belang*, (masterscriptie Amsterdam VU) 2005 (n.g.).

Ottow 2004

A.T. Ottow, 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie', in: B.M. J. van der Meulen & A.T. Ottow, *Toezicht op markten*, VAR reeks 140, Den Haag: BJu 2004, p. 131-234.

Pijnacker Hordijk & De Vries 2002

E.H. Pijnacker Hordijk & Y. de Vries, 'Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht', *SEW* 2002-12, p. 430-446.

Posner 1974

R.A. Posner, 'Theories of economic regulation', *Bell Journal of Economics and Management Science* 1974, p. 335-358.

Van der Pot 1932

C.W. van der Pot, 'De vormen van besturen', in: C.W. van der Pot e.a., *Nederlandsch Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1932, p. 201-230.

Prosser 2003

T. Prosser, 'Lecture: Services of General Economic Interest in Community Law: From Single Market to Citizenship Rights', 2003,
<http://ecoservr.eco.uniroma1.it/pdf/Rome_lecture_Dece03.pdf>.

Prosser 2005

T. Prosser, *Limits of competition law. Markets and public services*, Oxford: OUP 2005.

Raad voor Verkeer en Waterstaat 2009

Raad voor Verkeer en Waterstaat, *Ondernemend regionaal openbaar vervoer*, Den Haag: 2009.

Rapport Eenvoudig vergunnen 2005

Rapport Eenvoudig vergunnen 2005 (Kamerstukken II 2004/05, 29 515, nr. 84).

Rapport Ruimte voor zorgplichten 2004

Rapport Ruimte voor zorgplichten 2004 (Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 14).

Rapport vergunningen 1996

Rapport vergunningen 1996 (Kamerstukken II 1995/96, 24 656, nr. 2).

De Rijke 2004

M. de Rijke, 'Energie-infrastructuur en third party access, *O&F* 2004-62, p. 29-35.

Roemer 1998

J.E. Roemer, *Theories of Distributive Justice*, Cambridge: HUP 1998.

Roggenkamp 2006

M.M. Roggenkamp, 'Splitsing energiebedrijven en de gevolgen voor gemeenten en provincies', *Gst.* 2006-7255, p. 383-394.

Ross 2000

M. Ross, 'Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation', *European Law Review* 2000-1, p. 22-38.

De Ru 1987a

H.J. de Ru, 'Privatisering, ontwikkelingen en perspectieven', in: H.J. de Ru (red.), *Privatisering in de praktijk. Juridische aspecten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 1-31.

De Ru 1987b

H.J. de Ru, *Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering van het publiekrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

De Ru & Peters 2002

H.J. de Ru & J.A.F. Peters, 'Verzelfstandiging en marktwerking: ervaringen voor de toekomst', in: H.J. de Ru & J.A.F. Peters (red.), *Verzelfstandiging en marktwerking*, Den Haag: Sdu 2002, p. 1-10.

De Ru 2003

H.J. de Ru, 'Overheidsbemoeienis met prijzen, een algemene inleiding', in: H.J. de Ru (red.), *Tarieven. Regelgeving en toezicht*, Den Haag: Sdu 2003, p. 2-32.

De Ru, Van Solinge & Bleeker 2007

H.J. de Ru, G. van Solinge & J.J.N. Bleeker, 'De behartiging van publieke belangen door aandeelhouderschap. Meer beperkingen dan mogelijkheden', in: D. Blokland e.a., *Publieke belangen en aandeelhouderschap: essays over de borging van publieke belangen door publiek aandeelhouderschap*, Den Haag: Ministerie van EZ 2007, p. 4-47.

Saanen & Stout 2006

N. Saanen & H.D. Stout, 'Breedband in Appingedam: verloren bij de Commissie, gewonnen door de inwoners', *NTER* 2006-10, p. 212-217.

Santa Maria 2007

A. Santa Maria, 'Introduction', in: A. Santa Maria (ed.), *Competition and State Aid. An Analysis of the EC Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Sauter & Schepel 2007

W. Sauter & H. Schepel, "'State" and "market" in the competition and free movement case law of the EU courts', *TILEC Discussion paper* 2007-24, p. 23, <<http://ssrn.com/abstract=1010075>>.

Sauter 2008

W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, TILEC Discussion Paper 2008, <<http://ssrn.com/abstract=1136105>>.

Scharpf 2003

F.W. Scharpf, '4. The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity', in: J.H.H. Weiler, I. Begg & J. Peterson (eds), *Integration in an expanding European Union: re-assessing the fundamentals*, Oxford: Blackwell 2003, p. 109-134.

Van Schilfgaarde 2006

P. van Schilfgaarde/J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2006.

Schlössels 1998

R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998.

Schreuder-Vlasblom 2007

M. Schreuder-Vlasblom, 'Relativiteit in het bestuursrecht, een discussiebijdrage', *NTB* 2007-2, p. 43-52.

Schweitzer 2001

H. Schweitzer, *Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post* (diss. Baden-Baden) Baden-Baden: Nomos-Verlag 2001.

Selznick 1985

P. Selznick, 'Focusing Organizational Research on Regulation', in: R. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley: UCP 1985, p. 363-367.

Slagter 2005

W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Slot 2006

P.J. Slot, *Opinie inzake de voorgenomen splitsing van geïntegreerde energiebedrijven en beperkte privatisering van netbeheerders*, 2006, <www.splitsingnee.nl>.

Slot, Park & Cuyvers 2007

P.J. Slot, M.H. Park & A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd', *M&M* 2007-4, p. 101-112.

Smith 1991

A. Smith, *The Wealth of Nations*, Pössneck: Everymans' Library Knopf 1991

Snellen 1987

I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987.

Van Solinge 1994

A.G. van Solinge, 'Vergaderorde', in: R.J.C van Helden e.a., *Problemen rondom de algemene vergadering*, Deventer: Kluwer 1994, p. 45 e.v.

Steenbergen 2003

J. Steenbergen, 'Welke grenzen stelt het mededingingsrecht in geval van een machtspositie aan tarieven?', in: H.J. de Ru (red.), *Tarieven. Regelgeving en toezicht*, Den Haag: Sdu 2003, p. 33-46.

Steyger 2007

E. Steyger, 'Preadvies NVER Deel II: De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', *SEW* 2007-10, p. 379-398.

Steyger 2008

E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008-1, p. 1-10.

Stöbener 2008

A. Stöbener, *Economic and psychological theories to cope with information asymmetries*, diss. Universität Kassel, Metropolis: Marburg 2008.

Stout 1994

H.D. Stout, *De betekenissen van de wet: theoretisch-kritische beschouwingen over het principe van wetmatigheid van bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Stout 2007

H.D. Stout, *Weerbare waarden* (oratie Delft), Den Haag: BJu 2007.

Szyszczak 2002

E. Szyszczak, 'Golden Shares and Market Governance', *Legal Issues of Economic Integration*, 2002-3, p. 255-284.

Szyszczak 2007

E. Szyszczak, *The regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford: Hart 2007.

Teulings, Bovenberg & Van Dalen 2003

C. Teulings, L. Bovenberg & H. van Dalen, *De calculus van het Publieke belang*, Ministerie van EZ 2003.

TNO 2009

TNO, *Marktrapportage Elektronische communicatie*, TNO 2009,
<http://www.tno.nl/content.cfm?context=markten&content=publicatie&laag1=193&laag2=1&item_id=573>.

Traas 2003

L. Traas, 'Tariefregulering gebaseerd op kostenoriëntatie', in: H.J. de Ru (red.), *Tarieven. Regelgeving en toezicht*, Den Haag: Sdu 2003, p. 67-90.

Trimidas 2007

T. Trimidas, *The General Principles of EC Law*, Oxford: OUP 1999.

Veerman 2007

G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Sdu: Den Haag 2007.

Veraart 2002

M. Veraart, 'Overvloed en onbehagen. Publieke belangen in de telecomsector', *Tijdschrift voor politieke economie* 2002-4, p. 80-95.

Veraart 2007

M. Veraart, *Sturing van publieke dienstverlening. Privatiseringsprocessen doorgelicht* (diss. Amsterdam UvA), Assen: Van Gorcum 2007.

Verhey & Verheij 2005

L. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey & N. Verheij, *Toezicht* (Handelingen Nederlandse-Juristen Vereniging 2005-I), Deventer: 2005, p. 135-332.

Verhoeven 1996

A. Verhoeven, 'Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with respect to public versus private ownership of companies?', *International and Comparative Law Quarterly* 1996, p. 861-887.

Vermeulen 2003

B.P. Vermeulen, 'De publieke taak: een veel-zijdig begrip', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout e.a. (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13-30.

Vletter-van Dort 2001

H.M. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2001.

Van der Vlies 1991

I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Wallast 1987

M. Wallast, *Autobussen in Nederland. 90 jaar historie in woord en beeld*, Rijswijk: Elmar 1987.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2008.

Wilkeshuis 2006

K. Wilkeshuis, 'Splitsingswet: kan de minister ingrijpen bij eventuele extra kosten?' *NJB* 2006, p. 1262-1263.

Wilkeshuis 2008

K. Wilkeshuis, 'Borgen van investeringen in infrastructuur. Concessiestelsel en publiek aandeelhouderschap', in: *Investment in Infrastructures* (Verkenningenstudie V. 19), Den Haag: WRR 2008, p. 347-370.

Winter, Grit & Brameijer 2010

H.B. Winter, E. Grit & N. Brameijer, 'Deregulering bij gemeenten. Over de verschoven inhoud van een begrip', in: O.O. Cherednychenko, M. Duchateau, A.R. Neerhof & C.M.D.S. Pavillon (red.), *Publiek/privaat: vervlechten of ontvlechten?* (Handelingen van het oprichtingscongres van het Netherlands Institute for Law and Governance 2009), Antwerpen: Intersentia 2010, p. 73-94.

De Witte 2007

B. de Witte, 'Setting the Scene - How did Services get to *Bolkestein* and why?', *EUI Working Paper of the Law Department* 2007-20.

De Witte & Dijkgraaf 2008

K. de Witte & E. Dijkgraaf, 'Fusies versus benchmark in de drinkwatersector', *ESB* 2008-93 (4526), p. 14-15.

Wolswinkel 2007

C.J. Wolswinkel, 'Mag juridisch wat economisch moet?', *NJB* 2007, 44, 2280.

Wrc & Ecologic 2002

Wrc & Ecologic, *Study on the application of the competition rules to the watersector in the European Community*, December 2002.

WRR 2000

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Rapporten aan de Regering nr. 56, Den Haag: Sdu 2000.

WRR 2006

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Focus op functies: Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*, Rapporten aan de Regering nr. 71, Den Haag: WRR 2006.

WRR 2008

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Infrastructures. Time to invest*, Rapporten aan de Regering nr. 81, Amsterdam: WRR 2008.

Zijlstra 1997

S.E. Zijlstra, *Bestuursorganen in de democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997.

Zijlstra e.a. 2004

S.E. Zijlstra e.a., *Ruimte voor zorgplichten*, Ministerie van Justitie 2004, (aangeboden bij *Kamerstukken II* 2003/04, 27 279, nr. 14).

Zijlstra & Wilkeshuis 2006

S.E. Zijlstra & K. Wilkeshuis, 'Verantwoordelijkheid: bevoegdheid en publieke taak', in: J.L.W. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg & L.F.M. Verhey, *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 9-18.

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Frederiks, *Privaat bestuur? Toezicht op markten*, VAR preadvies nr. 140, Den Haag: BJu 2008, p. 9-93.

Zijlstra, Bax & Munneke 2008

S.E. Zijlstra, C.J. Bax & S.A.J. Munneke, *Wetgevingsleer in theorie en praktijk*, Amsterdam: VU Uitgeverij 2008.

Zijlstra 2009

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Trefwoordenregister

Afwegingskader 9.4

Bindende aanwijzing

- Algemeen 4.7.4
- Drinkwater 5.7.7
- Elektriciteit 6.7.7
- Kabel 8.7.6

Commercialisering 3.4.5

Concessie

- Algemeen 4.5, 4.5.5, 4.5.7
- Stads- en streekvervoer 7.7.2

Concurrentie

- Algemeen 3.7, 9.3.6
- Drinkwater 5.5
- Elektriciteit 6.5
- Kabel 8.5
- Stads- en streekvervoer 7.5

Concurrentiemodaliteit 9.4.2.3

Concurrentie om de markt

- Algemeen 3.7.5
- Drinkwater 5.5.3.4
- Elektriciteit 6.5.4.4
- Kabel 8.5.3.3
- Stads- en streekvervoer 7.5.3.4

Concurrentie op de markt

- Algemeen 3.7.4
- Drinkwater 5.5.3.3
- Elektriciteit 6.5.4.3
- Kabel 8.5.3.2
- Stads- en streekvervoer 7.5.3.3

Concurrentie tussen marktsegmenten

- Algemeen 3.7.3
- Drinkwater 5.5.3.2
- Elektriciteit 6.5.4.2
- Kabel 8.5.3.1
- Stads- en streekvervoer 7.5.3.2

Diensten van algemeen economisch belang 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.5.3, 2.7.3

Diensten van algemeen niet-economisch belang 2.2.3

Dienstenrichtlijn 2.3.2.6

Drinkwater

- Afwegingskader 9.4.5.2
- Concurrentie 5.5
- EU-recht 5.3
- Geschiedenis 5.2
- Instrumenten 5.7
- Partijen 5.6

- Publieke belangen 5.4

Elektriciteit

- Afwegingskader 9.4.5.3
- Concurrentie 6.5
- EU-recht 6.3
- Geschiedenis 6.2
- Instrumenten 6.7
- Partijen 6.6
- Publieke belangen 6.4

EU-recht

- Algemeen 2, 9.2.2, 9.4.2.1
- Drinkwater 5.3
- Elektriciteit 6.3
- Kabel 8.3
- Stads- en streekvervoer 7.3

Geschiedenis

- Drinkwater 5.2
- Elektriciteit 7.2
- Kabel 8.2
- Stads- en streekvervoer 6.2

Informatieverstrekking en openbaarmaking 4.4

Instrumenten

- Algemeen 4.1, 9.2.4, 9.3.8, 9.4.3
- Drinkwater 5.7
- Elektriciteit 7.7
- Functies van 4.1.2
- Kabel 8.7
- Stads- en streekvervoer 6.7

Internationalisering 3.4.6

Kabel

- Afwegingskader 9.4.5.5
- Concurrentie 8.5
- EU-recht 8.3
- Geschiedenis 8.2
- Instrumenten 8.7
- Partijen 8.6
- Publieke belangen 8.4

Last onder bestuursdwang 4.7, 4.7.3, 4.7.5

Last onder dwangsom 4.7, 4.7.3, 4.7.5

Leveringszekerheid

- Algemeen 3.5.4, 9.3.5.2
- Drinkwater 5.4
- Elektriciteit 7.4
- Kabel 8.4
- Stads- en streekvervoer 7.4

Liberalisering 3.4.3, 3.4.4

Marktautoriteit

- Algemeen 3.6.2.4
- Sturende wetgeving 4.2.7
- Nutsdiensten 3.3.2.2
- Nutssectoren
 - Algemeen 3.3, 3.3.3
 - Begrip 3.4.2.1
 - Kenmerken 3.4.2.2
 - Motieven 3.4.3
- Onderneming 2.4.2
- Ontvlechting 3.4.7
- Ontwerp-, controle- en correctiefunctie 4.1.2, 9.3.8
- Openbare dienstverplichting 2.2.5
- Partijen
 - Algemeen 3.6, 9.3.7, 9.4.2.4
 - Drinkwater 5.6
 - Elektriciteit 7.6
 - Kabel 8.6
 - Stads- en streekvervoer 6.6
- Politieke informatieverstrekking 4.4.5
- Prestatievergelijking
 - Algemeen 3.7.6
 - Drinkwater 5.5.3.5
 - Elektriciteit 6.5.4.5
 - Kabel 8.5.3.4
 - Stads- en streekvervoer 7.5.3.5
- Privatisering 3.4.2, 3.4.4
- Proportionaliteitstoets
 - Algemeen 2.6, 2.7.4
 - Mededingingsrecht 2.6.3
 - Vrij verkeer 2.3.4.4, 2.6.2
- Publiek aandeelhouderschap 4.6
- Publieke belangen
 - Algemeen 3.5, 9.4.2.2
 - Drinkwater 5.4
 - Elektriciteit 6.4
 - Kabel 8.4
 - Stads- en streekvervoer 7.4
- Regulering 3.2
- Splitsing energiebedrijven 2.3.4.5
- Staatssteunverbod 2.5
- Stads- en streekvervoer
 - Afwegingskader 9.4.5.4
 - Concurrentie 7.5
 - EU-recht 7.3
 - Geschiedenis 7.2
 - Instrumenten 7.7

- Partijen 7.6
- Publieke belangen 7.4

Sturende wetgeving

- Algemeen 4.2
- Dimensies 4.2.3

Tariefregulering

- Algemeen 4.3
- Drinkwater 5.7.4
- Elektriciteit 6.7.2, 6.7.4
- Kabel 8.7.2, 8.7.3
- Sectorspecifiek 9.3.9
- Stads- en streekvervoer 7.7.2.1
- Systemen van 4.3.4

Vergunning

- Algemeen 4.5, 4.5.4, 4.5.6
- Elektriciteit 6.7.4
- Stads- en streekvervoer 7.7.3

Universele dienstverplichting 2.2.5

Vrijheid van vestiging 2.3.2.5

Vrij verkeer van diensten 2.3.2

Vrij verkeer van goederen 2.3.3

Vrij verkeer van kapitaal

- Algemeen 2.3.4
- Drinkwater 5.3.4
- Elektriciteit 6.3.3.2